



**PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
DESPACHO**

Bogotá, D.C., 14 de julio de 2011

D.P.

Señores

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente **Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

E. S. D.

Ref: Proceso No 38.924 (1100103660002010**0003600**)
Acción pública de nulidad y suspensión provisional
Actor: **Jaime Omar Jaramillo Ayala**
Demandado: **Comisión Nacional de Televisión**

El Ministerio Público¹, en la oportunidad legal descurre el traslado especial para alegar de conclusión²

¹ El Procurador General de la Nación tiene la suprema dirección del Ministerio Público y cumple sus funciones “por sí, o por medio de sus delegados y agentes”. Artículo 277 Constitucional.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda.- El ciudadano **Jaime Omar Jaramillo Ayala**, en ejercicio de la acción pública de nulidad, instauró demanda contra la **Comisión Nacional de Televisión**, para que se declare la nulidad tanto del acto administrativo que ordena la apertura de la licitación pública No 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, como del aparte pertinente (numeral 4.11) del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 para la concesión de la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

Explicación del cargo

Alega el actor que el acto administrativo complejo, integrado tanto por la Resolución como por el pliego de condiciones, **es contrario a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009**, pues el carácter autónomo de la Comisión Nacional de Televisión no la habilita para desconocer el orden jurídico que gobierna su actividad.

Que el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 estableció un requisito esencial para la legalidad de la SUBASTAS que tienen por objeto la adjudicación de una frecuencia o un canal de televisión que utilice el espectro radioeléctrico, cual es la existencia de pluralidad de interesados dispuestos a “pujar” en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión.

Que el uso de ese mecanismo (subasta ascendente del artículo 72 de la ley 1341) obedece a que las frecuencias radioeléctricas constituyen un bien público escaso, cuya adjudicación puede contribuir a fortalecer las rentas públicas de la Nación, razón por la cual *“el legislador autorizó la concesión de tales frecuencias a partir de un sistema de contratación en almoneda, para que mediante una puja competitiva se logre el propósito superior de maximización de recursos para el Estado...”*

²Su intervención en el caso concreto, emana de las atribuciones establecidas en el artículo 127 del C.C.A, en especial, la que refiere el numeral 4 *“Alegar en los procesos e incidentes en que intervenga”*

Que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es claro al exigir la pluralidad de interesados, situación que no se presentaría si sólo se presenta un oferente o se habilita a un único proponente, como lo autoriza indebidamente **el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No 02 de 2010.**

Cita como criterio de autoridad los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 5 de octubre de 2009 y su ampliación de 25 de febrero de 2010, para precisar, que el primero, al referirse al artículo 72 de la norma en comento, indicó “(...) *el artículo está dirigido a establecer reglas para los procesos de asignación del espacio electromagnético cuando existe pluralidad de oferentes. Tales reglas tienen una finalidad específica (primer y tercer inciso): que en presencia de varios interesados se utilicen por la Administración mecanismos que permitan maximizar los recursos para el Estado, en especial, para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunidades y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión. Para ello, el artículo obliga en primer lugar a que previamente al inicio del proceso contractual se determine si existe o no un número plural de interesados, lo cual, en caso de la televisión, se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO*”, y el segundo, porque complementa el anterior al concluir que “(...) *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 (...)*”

Que si bien la Comisión Nacional de Televisión fundamentó la posibilidad de llevar a cabo la subasta con la participación de un solo oferente en lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, lo cierto es que dicha disposición legal no resulta aplicable al procedimiento de selección en el caso concreto, en consideración a que: (i) el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 contraría lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009; (ii) el Decreto 2474 de 2008 es una norma de inferior jerarquía en relación con la Ley 1341 de 2009, dada su condición de Decreto Reglamentario, mientras que la Ley 1341 de 2009 contiene disposiciones especiales y de aplicación preferente para el caso de asignación de frecuencias de televisión abierta nacional; (iii) el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 autoriza una subasta ascendente para maximizar las rentas públicas y el

artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 se refiere a la subasta inversa – de naturaleza descendente, autorizada por el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, bienes estos que nada tienen que ver con las frecuencias radioeléctricas.

En escrito separado, solicitó la **suspensión provisional del acto de apertura y de algunos apartes del pliego de condiciones**, por considerar que existe una palmaria ilegalidad de éstos frente a lo preceptuado en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 (fls 10 a 15 c. ppal)

1.2 Admisión de la demanda y decisión sobre la suspensión provisional.- El Consejo de Estado – Sección Tercera, en proveído de 19 de julio de 2010, admitió la demanda, **decretó la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010 expedido por la Comisión Nacional de Televisión** y negó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010.

1.3 Recursos de reposición.- La Comisión Nacional de Televisión (fls 586 a 610 c. ppal), los ciudadanos Juan Carlos Moncada Zapata (fls 247 a 264 c. ppal), Miguel Ángel Celis Peñaranda (fls 344 a 370 c. ppal), David Mauricio Guinar Hernández (fls 524 a 547 c. ppal), Fernando Vallejo (fls 548 a 550 c. ppal), Fernando Álvarez Rojas (fls 551 a 559 c. ppal), Germán Camilo Perdomo Guilombo (fls 560 a 567 c. ppal), Paula Andrea Ramos Arismendi (fls 580 a 585 c. ppal), como también el Ministerio Público (fls 265 a 284 c. ppal), la organización privada sin ánimo de lucro “Derecho para el Desarrollo” (fls 287 a 299), el Canal 3 Televisión de Colombia S.A.- (único proponente habilitado dentro de la licitación pública No 002 de 2010) (fls 300 a 326 c. 23), invocando diferentes razones de orden fáctico y jurídico, solicitaron la revocatoria de la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación Pública No

002 de 2010. Tres de ellos solicitaron, además, la revocatoria de la decisión de admitir la demanda³.

El ciudadano Jorge Enrique Cuervo Ramírez (fls 643 a 649 c. ppal) y el Canal 3 Televisión de Colombia S.A. (fls 333 c. ppal) solicitaron decretar la nulidad de lo actuado. El primero, por considerar que la Corporación carece de competencia para conocer del asunto, dado que está reviviendo un proceso concluido que estudió la legalidad de los actos atacados y que fue decidido en una acción popular; y el segundo, porque en su condición de litisconsorte necesario del extremo pasivo de la acción se le ha debido citar desde el comienzo del proceso.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar el asunto de **importancia jurídica**, en uso de las facultades concedidas en los artículos 97.5 y 130 del C.C.A, asumió el conocimiento del proceso (fl 660 c. ppal).

La Sala Plena, mediante proveído de 12 de noviembre de 2010 (fls 707 a 712 c. ppal) negó la solicitud de Canal 3 Televisión de Colombia S.A. de ser reconocido como litisconsorte necesario o cuasinecesario, y lo reconoció como coadyuvante de la Comisión Nacional de Televisión. También reconoció como coadyuvantes a los ciudadanos Juan Carlos Moncada Zapata, Miguel Ángel Celis Peñaranda, David Mauricio Guinar Hernández, Fernando Vallejo, Fernando Álvarez Rojas, Germán Camilo Perdomo Guilombo y Paula Andrea Ramos Arismendi, como a la organización privada “Derecho para el Desarrollo”, Jorge Enrique Cuervo Ramírez e Iván Camilo Ariza Galvis, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 84 y 146 del C.C.A.

La Sala Plena, mediante proveído de 22 de mayo de 2011 (fls 803 a 823 c. ppal), negó las nulidades procesales propuestas, **no repuso la decisión de**

³ La Comisión Nacional de Televisión, Miguel Ángel Celis Peñaranda y Fernando Álvarez Rojas.

admitir la demanda, como tampoco la decisión de suspender provisionalmente los efectos del numeral 4.11 del pliego de condiciones.

1.4 Contestación de la demanda:

- **La Comisión Nacional de Televisión** (fls 921 a 944 c. ppal), alega que los actos materia de impugnación se profirieron con fundamento en las disposiciones legales aplicables al caso.

Advierte que el demandante desconoce el régimen especial para el otorgamiento de concesiones en el sector de la televisión.

Para el efecto ilustra con lo preceptuado en los artículos **48** de la ley 182 y **72** de la Ley 1341 de 2009 y precisa que su alcance debe definirse en consonancia, pues el artículo 48 establece *“que solo podrán participar en la licitación para la concesión de canales nacionales de operación privada quienes se encuentren debidamente calificados, clasificados e inscritos en el RUO, por tanto el término “interesados” a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, corresponde de manera exclusiva a aquellas personas inscritas en el RUO, pues jurídicamente no es posible considerar como interesados a quienes no se encuentren allí inscritos”*, tal y como lo consideró el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 7 de octubre de 2009 y en su ampliación de 25 de febrero de 2010.

Que como consecuencia de la aplicación del artículo 48 de la ley 182 de 1995 y de la reglamentación que sobre el asunto hizo la CNTV mediante los Acuerdos 001 y 002 de 2008 *“existen tres sociedades inscritas en el RUO para participar en la licitación del tercer canal y por ende solo éstas ostentan la calidad de interesados a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009”*, por tanto queda claro que esta última normativa *“no exige para que proceda la subasta la pluralidad de oferentes, calidad esta que tienen quienes decidan presentar una oferta dentro de un proceso*

licitatorio y necesariamente debe entenderse que para efectos de la adjudicación del espectro radioeléctrico, en los eventos que exista pluralidad de interesados, es decir, varios interesados inscritos en el RUO, es obligatorio para la Comisión Nacional de Televisión seleccionar al eventual concesionario “aplicando criterios de selección objetiva, entre ellos la subasta”, lo que coloca al Estado frente a una situación limitante, pues solo las sociedades inscritas en el RUO, son considerados legalmente interesados habilitados para participar en el proceso de selección”.

Que según se desprende del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la subasta es un mecanismo de selección que puede ser ascendente o descendente y puede ser a una o varias vueltas, por tanto no es esencial la existencia de varias pujas. Que el precio ofertado no es más que una modalidad de subasta de aquellas que la doctrina y la Sala de Consulta y Servicio Civil denominan como una “subasta con precio cerrado a primer precio”.

Que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no tuvo como propósito crear un régimen especial o un mecanismo de selección distinto de los que antes existían en materia de contratación en el sector de televisión, sino destacar que cuando exista pluralidad de interesados en el espectro electromagnético es deber del Estado aplicar el mecanismo de selección competitivo, que lleve a maximizar los recursos que éste perciba por él.

Que no es dable sostener, como lo hace el demandante, que en el caso de la licitación del tercer canal de televisión no es aplicable lo establecido en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, por el hecho de haberse escogido como mecanismo de selección el de la subasta, pues no existe razón para afirmar que el artículo 72 de la Ley 1341 inhibe o limita su aplicación al caso concreto.

Que el Decreto 2474 de 2008 regula todo lo atinente a la realización de subastas por parte del Estado, de lo cual se desprende que aún en los eventos en que la administración espera adjudicar una licitación a través

del procedimiento de la subasta procede la adjudicación de contratos cuando sólo hay un oferente. En ese sentido resulta válido sostener que incluso en los casos en los que sólo quede habilitado un proponente, luego de que la administración haya hecho los esfuerzos u otorgado los plazos para que otros oferentes queden habilitados, si es posible adjudicar al único oferente que quede habilitado.

Que el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 dispone que, sin perjuicio de las normas especiales en materia de subasta inversa, en los casos en que en una licitación sólo se presente un solo oferente, la administración puede adjudicarle el contrato, siempre y cuando se satisfagan las necesidades que ella pretende suplir y se cumpla con el principio de publicidad y demás requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Que nada de lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, hace suponer que el legislador hubiese pretendido crear un régimen distinto al que en esta materias se desprende de lo establecido en el Decreto 2474 de 2008, ni que la figura de la subasta de que trata el artículo 72 fuera distinta o tuviera un régimen particular diferente al régimen general en materia de subastas. Por tanto la consideración del demandante en cuanto a que el artículo 90 del Decreto 2474 no es aplicable en materia de subastas en el sector televisión no es acertada, y mucho menos que el numeral 4.11 del pliego de condiciones viole lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Que en materia de concesiones de televisión existe un marco legal derivado de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, que limita la participación en las licitaciones para la concesión de canales nacionales de operación privada a aquellas personas previamente inscritas en el Registro Nacional de Operadores – RUO, lo cual implica que la pluralidad de interesados en una licitación de ese tipo, y por ende el universo dentro del cual se podría realizar la selección de la oferta más conveniente, está circunscrito a quienes se encuentren en esa determinada condición jurídica.

Que la Comisión Nacional de Televisión en desarrollo de su obligación de propender por el pluralismo informativo y la democratización del espectro electromagnético, así como en los deberes de promover la participación de todos los interesados en participar en igualdad de condiciones y de prohijar la selección del mejor concesionario posible, abrió una licitación para un tercer canal de televisión, previa elaboración de un pliego de condiciones claro, transparente y objetivo, cumpliendo a cabalidad con lo dispuesto en las normas generales y especiales vigentes en materia de licitaciones en el sector de televisión.

Coadyuvantes (impugnaron la pretensión de la demanda y coadyuvaron a la Comisión Nacional de Televisión en su oposición)

- **Canal 3 Televisión de Colombia S.A.** (fls 997 a 1037 c. ppal), propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de violación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.- Pues conforme al texto no es posible aceptar las implicaciones jurídicas pretendidas por el demandante. De su tenor no se desprende que para que se adjudique la subasta deba existir al menos “un número plural de oferentes”.

- Que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 distinguen entre interesados y oferentes, los primeros, son los que se inscriben en el registro único de proponentes en aquellos casos en que la ley exige tal requisito y todos aquellos que intervienen en las etapas preliminares de una licitación o concurso de méritos antes de presentar oferta. Que en el caso concreto los “interesados” son los que se inscribieron en RUO (Canal 3, Pacsa e Inversiones Rendiles, los cuales quedaron habilitados por la CNT para presentar propuestas) y “oferentes” sólo hubo uno (Canal 3) dado que fue el único que presentó oferta.

Que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no regula la figura de la subasta, sólo hace mención a la misma como uno de los procesos de selección

objetiva que puede aplicarse “en caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda”.

Que el demandante parte de un supuesto errado cuando afirma que la subasta implica la existencia de más de un oferente, pues el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no se refiere a “número plural de oferentes”, sino a “número plural de interesados”, lo cual quedó aclarado con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 4392 de 23 de noviembre de 2010.

Que resulta legal y razonable que en un proceso de selección objetiva que se ha iniciado – por existir pluralidad de interesados – y se presenta un solo oferente, se pueda adjudicar a éste, sin que el hecho de no haber puja sea un impedimento para adjudicar, siempre y cuando el único oferente cumpla con las condiciones establecidas.

Que si bien la Ley 1341 de 2009 es una norma especial y en su artículo 72 no precisa que sucede cuando se presenta un único oferente a la subasta, lo cierto es que, para llenar este vacío, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 permite acudir y aplicar el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008.

Que también resultan aplicables las demás normas del Estatuto General de Contratación Estatal, pues la adjudicación en subasta a un solo oferente es compatible con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que impide la declaratoria de desierta de una licitación por el hecho no existir pluralidad de oferentes.

Que la concurrencia de uno o más oferentes a una subasta depende del mercado y no de la voluntad de la Ley, pues lo que exige el artículo 72, en consonancia con los artículos 2.2 y 7 de la Ley 1341 de 2009, es propiciar la concurrencia o competencia de interesados en la adjudicación de bandas y el artículo 333 de la Constitución impone al legislador impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitar y controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

- **Paula Andrea Ramos Arismendi** (fls 1.038 a 1.040 c. ppal). Alega que tanto el acto administrativo de apertura de la licitación pública No 002 de 2010, como el numeral 4.11 del pliego de condiciones se ajustan a la constitución y a la ley.
- **Fernando Álvarez Rojas** (fls 1.041 a 1.069 c. ppal). Aduce que la nulidad invocada está fundada en un **error** de simple lectura de la disposición que se dice violada, pues atendiendo la literalidad del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se concluye que es deber del Ministerio de TICS o de la Comisión Nacional de Televisión aplicar “*procesos de selección objetiva entre ellos la subasta*”, cuando exista pluralidad de interesados, sin que ello implique la imposición de una condición de validez para los actos administrativos que se dicten en la adopción del proceso de selección objetiva – acto de apertura de la licitación y pliego.
- **Juan Carlos Moncada Zapata** (fls 1070 a 1.093 c. ppal). Alega que los argumentos del actor contra los actos atacados no resultan procedentes y no se compadecen con las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia.

Que, contrario a lo afirmado por el actor, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no aplica para el proceso de selección del concesionario del tercer canal de televisión, pues éste versa sobre el espectro electromagnético y las bandas de frecuencia, más no hace referencia a los canales de televisión.

Que la norma en cita establece reglas para los procesos de asignación del espectro con pluralidad de interesados y regula la asignación de bandas, señalando que, previo al otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios, que incluya una banda de frecuencias, deberá determinar si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente. Que el artículo 72 se refiere a pluralidad de interesados más no a la pluralidad de oferentes, cuya definición corresponde a categorías diferentes.

Que la CNTV, con base en lo dispuesto en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 182 de 1995 y 1341 de 2009, previo al inicio del proceso de selección y para garantizar las condiciones de libre concurrencia al proceso, verificó la existencia de pluralidad de interesados en participar, señalando que se acudiría a la subasta como uno de los procedimientos de selección objetiva autorizados por la ley para maximizar los recursos del Estado.

Que la interpretación del demandante, en el sentido de afirmar que se requiere de manera obligatoria la pluralidad de oferentes para adelantar los procesos de selección del concesionario de un canal de televisión, resulta equivocada, en primer lugar, porque el artículo 72 no aplica a los procesos de adjudicación de canales de televisión, y en segundo lugar, porque aún cuando la norma aplicara ésta se refiere a la existencia de pluralidad de interesados y no de oferentes.

- **David Mauricio Guinard Hernández** (fls 1.094 a 1.110 c. ppal). Alega que existe una ineptitud sustancial en el cargo formulado por el demandante, toda vez que hay una divergencia entre el objeto de la ley usada como parangón para sustentar el concepto de violación y la ley especial que regula en materia de televisión. Que el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública No 002 de 2010 no es comparable con la ley 1341 de 2009, pues ésta de manera expresa exceptúa su aplicación al servicio de televisión.

Que el actor yerra al tomar como sinónimos las calidades de interesado y de proponente, pues corresponden a categorías sustancialmente distintas, dado que el primero se refiere a aquella persona interesada en el proceso de selección, previamente, durante la apertura de éste y siempre hasta antes de la fecha de cierre, pues una vez cerrada la licitación, los interesados o bien se convirtieron en proponentes por haber presentado una propuesta válida en la fecha y hora señaladas en el pliego de condiciones, o bien perdieron el interés, en la medida en que cerrada la licitación ya no pueden presentarse.

Que no existe texto normativo que determine que un único proponente desvirtúe el mecanismo de la subasta, por el contrario el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 (reglamentario de la ley 1150 de 2007) prevé tal circunstancia y la forma de adjudicar en tal evento, por tanto surge claro que la subasta no depende de la presentación de pluralidad de proponentes, pues con la presentación de por lo menos uno se posibilita la adjudicación.

Que aceptar la interpretación según la cual no puede haber adjudicación con un único proponente, implicaría patrocinar que los interesados por cualquier razón decidan no presentarse como proponentes y de esta forma bloquear el interés legítimo del proponente único que diligentemente se presentó al proceso de selección, situación que iría en contra del ordenamiento constitucional vigente.

Que la razón de ser del numeral 4.11 del pliego de condiciones fue precisamente garantizar el ingreso del Estado en caso de que se presente un único proponente, gravándolo con un precio 10% mayor al base de la adjudicación, además para proteger el interés legítimo del proponente único que obró con diligencia al presentarse.

1.5 Alegatos de conclusión.- Tanto la parte demandante, como la Comisión Nacional de Televisión y los coadyuvantes presentaron alegatos de conclusión. El primero para insistir y reiterar sobre la **ilegalidad** de los actos administrativos demandados (fls 1.279 a 1.302 c. ppal) y los restantes para desvirtuar el cargo de violación formulado contra aquellos, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls 1.122 a 1.387 c. ppal)

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, previo a emitir concepto sobre el fondo del asunto, estima pertinente anotar que algunas consideraciones de la Sala Plena difieren de reflexiones jurídicas que se tuvieron en cuenta al momento de admitir la demanda y decretar la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11

del pliego de condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010.

En la providencia inicial se advierte que si bien la acción de nulidad ejercida para obtener la declaratoria judicial de nulidad tanto del acto de apertura de la licitación como del correspondiente pliego de condiciones era la procedente, también lo es que tal consideración obedeció a que se trataba *“de actos administrativos precontractuales susceptibles de ser demandados a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho”*.

En ese proveído se invocó el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, y lo tomó como referente para estudiar la caducidad de la acción *“en cuanto se trata de actos administrativos pre-contractuales, el ejercicio de las acciones referidas se encuentra sometido a las reglas especiales que contiene el actualmente vigente artículo 87 del C.C.A., entre las cuales se incluye el término de caducidad de 30 días que se computará a partir de la correspondiente comunicación, notificación o publicación, según sea el caso”*

La Sala Plena al resolver sobre la impugnación del Ministerio Público, afirma que la acción ejercida era la de nulidad simple y no la de controversias contractuales y que el artículo 87 del C.C.A. no resulta aplicable al caso, en razón a que dicha normativa no reglamenta la medida cautelar de suspensión provisional.

Si bien no existe discusión en cuanto a la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, en la forma como lo dispone en artículo 152 del C.C.A (modificado por el Decreto 2304 de 1989, artí 31), el Ministerio Público insiste en su concepto, según el cual la naturaleza de los actos atacados corresponden a la categoría de preparatorios o precontractuales, respecto de los cuales aplica una norma particular y concreta que no es posible desconocer, contenida en el inciso segundo del artículo 87 (modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998), según la cual tal instituto cautelar no opera frente a los actos proferidos antes de la celebración del contrato, dada la restricción que sobre éstos dispuso el legislador cuando precisó sobre la improcedencia de interrumpir el procedimiento de la licitación, de celebración y ejecución del contrato.

Problema jurídico

La controversia jurídica se contrae a establecer si el acto de apertura de la licitación pública No 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, como el aparte pertinente del pliego de condiciones (numeral 4.11), resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo **72 de la Ley 1341 de 2009**.

(i) actos atacados

(i.1) Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 “*Por la cual se ordena la Apertura de la Licitación Pública No 002 de 2.010*” (fls 611 a 615 c. 4)

EL DIRECTOR DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISIÓN

En nombre de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y en su condición de representante legal de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 335 de 1996, en concordancia con lo dispuesto en los literales a) y c) del artículo 12 de la Ley 182 de 1995 y en los estatutos de la entidad, y en desarrollo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993,

CONSIDERANDO:

Que la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, para desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en el servicio público de televisión, así como también dirigir las política que en materia de televisión determine la Ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución Nacional (Artículos 76 y 77)

Que corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, en calidad de ejecutor de la política de televisión, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, de conformidad con la Constitución y la Ley

Que en desarrollo de sus funciones, y en cumplimiento de los fines que orientan la prestación del servicio, la Comisión Nacional de Televisión considera que un Tercer Canal de Televisión es una forma de brindar una nueva opción de televisión a la población colombiana y a la vez un instrumento para asegurar la generación de recursos que garanticen la sostenibilidad del sector y el mantenimiento y expansión de la red pública de televisión.

Que tal como consta en al acta No 1350 del 9 de agosto de 2007, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión adoptó la decisión de que “Colombia tendría un tercer canal privado de operación nacional”

(...)

Que teniendo en cuenta que se trata de una concesión a un operador nacional de televisión, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 182 de 1.995, para la

escogencia del contratista, la Comisión Nacional de Televisión debe adelantar una licitación pública, y que de acuerdo con el artículo 72 de la Ley 3141 de 2009 es aplicable el mecanismo de la subasta.

(...)

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Ordenar la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010, la cual tiene por objeto la Concesión para la Operación y Explotación de un Tercer Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional.

PARÁGRAFO: Las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para participar en el proceso de selección, serán las establecidas en el Pliego de Condiciones y sus anexos, y en los demás documentos integrantes de la Licitación.

ARTÍCULO SEGUNDO. Establecer el cronograma de la Licitación Pública No. 002 de 2010, como se detalla a continuación:

<i>ACTIVIDAD</i>	<i>FECHA</i>
<i>Publicación de Avisos en diarios de Amplia Circulación</i>	<i>Publicación No. 1: 20 de abril de 2010</i>
	<i>Publicación No. 2: 25 de abril de 2010</i>
	<i>Publicación No. 3: 10 de mayo de 2010</i>
<i>Acto Administrativo de Apertura</i>	<i>7 de mayo de 2010</i>
<i>Audiencia de Riesgos (Numeral 4.2. del Pliego)</i>	<i>10 de mayo de 2010 a las 8:30 a.m.</i>
<i>Plazo de la Licitación (Término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre)</i>	<i>13 de mayo de 2010 a las 8:00 a.m. al 3 de junio de 2010 a las 4:00 p.m.</i>
<i>Audiencia de Aclaraciones del Pliego (Numeral 4.3. del Pliego)</i>	<i>18 de mayo de 2010 a las 8:30 a.m.</i>
<i>Fecha límite para recibir preguntas y solicitudes de aclaración del Pliego (Numeral 4.1. del Pliego)</i>	<i>25 de mayo de 2010</i>
<i>Audiencia de Cierre de la Licitación y Apertura del Sobre No. 1 (Numeral 4.5. del Pliego)</i>	<i>3 de junio de 2010 a las 4:00 p.m.</i>
<i>Elaboración del Informe de Verificación y Evaluación (Numeral 4.6. del Pliego)</i>	<i>4 de junio de 2010 al 25 de junio de 2010</i>
<i>Publicación del Informe de Verificación y Evaluación y Plazo para presentar Observaciones (Numerales 4.6.1. y 4.6.2. del Pliego)</i>	<i>28 de junio de 2010 al 6 de julio de 2010</i>

<i>Publicación de las Observaciones presentadas al informe de Verificación y Evaluación y Plazo para presentar Contraobservaciones (Numeral 4.6.3. del Pliego)</i>	<i>7 de julio de 2010 al 9 de julio de 2010</i>
<i>Audiencia de Subasta Presencial y Adjudicación (Numeral 4.9.1. del Pliego)</i>	<i>22 de julio de 2010 a las 8:30 a.m.</i>

Parágrafo: El cronograma del proceso de la Licitación Pública No. 002 de 2010, podrá ser modificado mediante Adendas al Pliego de Condiciones.

ARTÍCULO TERCERO. Ordenar la publicación del Pliego de Condiciones y de los estudios y documentos previos en el Portal Único de Contratación www.contratos.gov.co. Los anteriores documentos también podrán ser consultados en la Secretaría General de la Comisión Nacional de Televisión a partir de la expedición de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO. De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, convocar a las veedurías ciudadanas para que ejerzan control social sobre el proceso contractual de que trata la presente Resolución.

ARTÍCULO QUINTO. Integrar el Comité Evaluador y Asesor, compuesto por la Secretaría General –quien lo coordinará– y los jefes y subdirectores de cada una de las siguientes dependencias: Subdirección de Asuntos Legales, Subdirección Técnica y de Operaciones, Subdirección Administrativa y Financiera, Oficina de Planeación, Oficina de Regulación de la Competencia, y Oficina de Contenidos y Defensa del Televidente, o por quienes hagan sus veces, el cual, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, verificará y evaluará las Propuestas conforme a los términos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones.

ARTÍCULO SEXTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra la misma no proceden recursos por la vía gubernativa”.

(i.2) Numeral 4.11 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No 002 de 2.010 (fls 685 a 686 c. 5)

“Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Único.

De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2.008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una Propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.

En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión

Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del precio base de la Concesión. En tal evento, el precio de la Concesión será de \$113.794.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de \$103.409.000.000 más \$10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido.”

(ii) Norma supuestamente violada

La Ley 1341 de 2009 “*por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC -, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*”, **en su artículo 72, señala:**

“REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACION 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 aplicaran procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES y subrayados **CONDICIONALMENTE** exequibles>⁴ 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.”

(resalto y subrayo)

(iii) Caso concreto

⁴ Nota de la cita: “Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES y apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** exequibles, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-403, según comunicado de prensa de la Sala Plena de 26 de mayo de 2.010, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa, en el entendido de que la posibilidad de asignación directa de la banda sólo podrá extenderse por el término estrictamente necesario para la administración convoque un proceso de selección objetiva”

La Ley 1341 de 2009 “*Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*”, refiere expresamente los principios generales que la gobiernan:

“ARTÍCULO 1o. *OBJETO.* La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

PARÁGRAFO. **El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes**, con las excepciones específicas que contenga la presente ley.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho”

(resalto y subrayo)

La pluralidad normativa implica un principio integrador según el cual el artículo 72 de la ley 1341 no puede interpretarse de manera aislada de otras disposiciones aplicables en materia de concesiones de televisión, en especial lo dispuesto en literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 (modificado por el artículo 23⁵ de la Ley 335 de 1996), que señala:

“DE LAS CONCESIONES A LOS CANALES NACIONALES DE OPERACIÓN PRIVADA.

(...)

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**

⁵ART. 23.--Para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión "canal zonal o canales zonales", entiéndase que se trata de canales nacionales de operación privada. Igualmente, cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los canales nacionales de operación pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión.

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 la misma.

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 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.”

(resalto y subrayo)

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión reglamentó el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión – RUO -, mediante los Acuerdos 001 de 11 de abril y 002 de 17 de julio de 2008 (fls 9 a 25 y 41 a 54 c. 25).

En la actualidad existen tres empresas inscritas en el Registro Único de Operadores Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional: Inversiones Rendiles S.A.; Promotora Audiovisual de Colombia Pacas S.A., y Canal 3 de Televisión de Colombia S.A. Así consta en las Resoluciones Nos 1258 de 17 de octubre de 2008 y su confirmatoria (fls 55 a 82 c. 25), 1259 de 17 de octubre de 2008 y su confirmatoria (fls 83 a 127 c. 25) y 1257 de 17 octubre de 2008 y su confirmatoria (fls 128 a 151 c. 25), respectivamente.

Situación legal que, sin discusión alguna, **habilita a los inscritos en RUO** para participar en la licitación de un tercer canal de televisión y les da la calidad legal de “**interesados**” a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Una lectura sistemática de los artículos 72 de la ley 1341 de 2009 y 48 de la Ley 182 de 1995 permite afirmar que, para efectos de la adjudicación del espectro radioeléctrico, en los eventos en los que existan **varios interesados inscritos en el RUO** será obligación de la Comisión Nacional de Televisión seleccionar el

eventual concesionario “aplicando criterios de selección objetiva, entre ellos la subasta”. En el marco regulatorio antes referido, la **pluralidad de interesados** en una licitación pública de este tipo, y por ende el universo dentro del cual se podría realizar la selección de la oferta más conveniente, está circunscrito de manera exclusiva a quienes se encuentren en esa determinada condición jurídica.

El artículo 72 que se dice vulnerado consagra unas “*reglas para los procesos de asignación del espectro con **pluralidad de interesados***”:

“**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 aplicaran procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.**”

(resalto y subrayo)

La primera regla, dispone **como paso previo la verificación por parte de la entidad pública de la existencia de pluralidad de interesados**, más **no refiere pluralidad de oferentes**; y la segunda, que una vez establecida la pluralidad de interesados “*con el fin de maximizar recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión*”, procede aplicar **procesos de selección objetiva entre ellos la subasta**.

En desarrollo del principio constitucional de igualdad, el Estatuto General de Contratación Pública, consagra como principio rector el principio de la transparencia.

El principio de transparencia a que se refería el numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, no solo obliga a las entidades estatales a contratar siempre por licitación pública (salvo las excepciones que expresamente contempla la ley), sino que además, en concordancia con el artículo 30 de la ley 80 de 1993, contempla otros mecanismos que reflejan esta garantía de igualdad, dentro de los cuales se

destaca la obligación por parte de la administración de elaborar unos pliegos de condiciones que establezcan reglas objetivas, justas y claras que garanticen la igualdad de oportunidades para presentar oferta por parte de todo aquel que esté interesado en participar.

Es presupuesto necesario y antes referido que son asuntos diferentes las modalidades de selección de contratistas y los mecanismos de definición de la oferta. Las primeras refieren de manera concreta a (i) **la licitación pública** (ii) el concurso de méritos (iii) la contratación directa y (iv) la selección abreviada; y los segundos fueron diseñados por el legislador como los procedimientos para determinar el aspecto económico de las ofertas, entre otros, el menor precio, la fórmula de costo beneficio y **la subasta**.

La licitación pública es un procedimiento reglado que le permite a los co-contratantes estructurar propuestas y escoger la mejor oferta, bajo reglas previamente definidas.

El proceso licitatorio, esto es, el llamado a licitar que formula una entidad pública, en virtud de la remisión que hace el artículo 13 de la ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 860 del Código de Comercio, tiene **carácter irrevocable**: una vez iniciado un proceso licitatorio o de selección de contratistas **vía licitación**, la entidad pública convocante no puede abstenerse de adjudicar, en tanto y en cuanto éste se encuentre ajustado a la normatividad vigente que regula la particular materia.

La subasta, por su parte es uno de los mecanismos de que disponen los interesados en contratar para determinar los elementos de su **ofrecimiento, y especialmente del precio**.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 7 de octubre de 2009, precisó *“la subasta no se identifica necesariamente con un sistema de pujas sucesivas, que es solo uno de los varios modelos de adjudicación o compra de un bien por “subasta”, lo que caracteriza dicho mecanismo, como lo indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del **precio ofrecido**, ya sea en*

uno solo o en varios ofrecimientos”

En concepto del Procurador General de la Nación la licitación No 002 de 2010 convocada por la Comisión Nacional de Televisión puede continuar, por cuanto cumple con todas las requisiciones legales exigidas para este tipo de actuaciones administrativas, pues no es ilegal el contenido de la cláusula 4.11 del pliego de condiciones que rige ese proceso, por cuanto permite adjudicar el proceso, así se presente un solo proponente, en la medida en que la entidad pública convocante, cumplió con todos los requisitos y procedimientos que garantizan igualdad de condiciones a quienes se quisieran postular al mismo, los actuales interesados que se encuentran inscritos en el Registro Único de Operadores RUO.

La Comisión Nacional de Televisión dió inicio al proceso de selección de licitación pública No 002 de 2010 con el objeto de adjudicar el contrato de concesión para la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional y expidió la **Resolución No 2010-380-000481-4 de 17 de mayo de 2010** – acto administrativo precontractual del que se cuestiona su legalidad -, el cual refiere en la parte motiva que *“teniendo en cuenta que se trata de una concesión a un operador nacional de televisión, de conformidad con el artículo 48 de la ley 182 de 1995, para la escogencia del contratista, la Comisión Nacional de Televisión, debe adelantar una licitación pública, y que de acuerdo con el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 es aplicable el mecanismo de subasta”* (fl 612 c. 4)

De manera previa, elaboró los correspondientes pliegos de condiciones (fls 617 a 745 c. 5), de los que se destacan algunos numerales, por considerar que se encuentran directamente relacionados con el cargo invocado.

“1.6 Régimen Legal de la Licitación y el Contrato.

El marco legal de la presente Licitación y del Contrato que se derive de su Adjudicación, cuya minuta se incluye como Anexo No 1, del presente Pliego de Condiciones, está integrado por la Constitución Política y por las Leyes de la República de Colombia, y en especial por **las Leyes 80 de 1993, modificada y adicionada por la Ley 1150 de 2.007, y sus Decretos Reglamentarios; 182 de 1.995, 335 de 1.996, 506 de 1.999, 680 de 2.001 y 1341 de 2009** y demás normas que las modifiquen, adicionen o reglamenten. Así mismo, por el Código Civil y el Código de Comercio, por los Acuerdos y Resoluciones de la Comisión

Nacional de Televisión y por las demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir el servicio de televisión.

1.7 Modalidad del Proceso de Selección.

El presente **proceso de selección se realizará bajo la modalidad de Licitación Pública prevista en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2.007**, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, así como con lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de octubre de 2.009 (Radicado 1966), y **se adjudicará mediante el mecanismo de subasta de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2.009.**

(...)"

(resalto)

Estos numerales deben estudiarse de manera conjunta con el numeral 4.11 del mismo pliego de condiciones (atacado de ilegal) pues solo a partir de tal análisis surge la posibilidad de establecer si éste último contraviene el artículo 72 de la ley 1341 de 2009.

En el proceso de contratación No 002 de 2010 el mecanismo de la subasta opera para que los oferentes definan el componente económico de su oferta, pero no es el procedimiento de selección, pues el procedimiento para la escogencia del contratista es el proceso licitatorio.

Si bien no existe norma especial que reglamente el mecanismo de la subasta de que trata el artículo 72 de la citada ley, lo cierto es que la ley 1150 de 2007 en su artículo segundo, numeral primero, consagra como modalidad de selección del contratista la licitación pública y en ella el mecanismo de la subasta inversa. Además, el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 permite la adjudicación del contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, siempre y cuando satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones.

El interés que mueve a la administración pública para adjudicar y celebrar un contrato con su co-contratante no es otro que satisfacer un interés público y general, tomando en consideración que su elegido o adjudicatario cumpla las precisas requisiciones establecidas en el **pliego de condiciones**, que siempre

será “ley para las partes”

La Corte Constitucional⁶, frente al tema en cuestión, precisó:

“(…)

Debe tenerse en cuenta que los pliegos de condiciones constituyen una pieza especialmente importante en el proceso de contratación porque en ella se seleccionan y consignan las exigencias y condiciones técnicas, económicas y jurídicas que se exigen a los licitantes y que reflejan la voluntad del organismo estatal, teniendo en cuenta el objeto y naturaleza del contrato respectivo.

Por razón de su sustancia eminentemente contractual se entiende que los pliegos de condiciones constituyen la "ley del contrato", y por esa circunstancia es jurídicamente factible introducirles modificaciones a solicitud de los licitantes, dentro de los 3 días siguientes al inicio del plazo para la formulación de las propuestas, con el fin de superar ambigüedades o disposiciones contradictorias que puedan afectar la eficiencia y objetividad de la adjudicación, sin perjuicio que dentro del plazo de la licitación o concurso cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales, de las cuales, eventualmente, pueden surgir modificaciones (L. 80/93, art. 30-4, pliego de condiciones 1.8.4). Después de precluida dicha oportunidad, no es posible alterar o modificar el contenido de los referidos pliegos.

(…)”

(Resalto y subrayo)

El pliego de condiciones que elaboró la Comisión Nacional de Televisión, en cuanto refiere al mecanismo de la subasta para definir la oferta económica, no exige de manera obligatoria la pluralidad de oferentes. Como se precisó en precedencia, el artículo 72 supuestamente transgredido se refiere a la pluralidad de interesados y no de oferentes. Lo fundamental en los procesos de selección no es que existan varias ofertas para escoger, sino que la oferta elegida sea la mejor, en tanto que el deber de selección objetiva no implica necesariamente pluralidad de ofertas. El mandato de escogencia de una buena oferta fue respetado por la entidad demandada. De manera expresa se previó la eventualidad de que sólo se presentase una propuesta, indicando de manera precisa y concreta en el numeral 4.11 del pliego de condiciones, que se podría

adjudicar siempre y cuando aquella cumpliera “con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego”.

Las demás previsiones que se indican el numeral 4.11 tampoco contravienen lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Se exige a las entidades competentes realizar procesos de adjudicación que incluyan mecanismos adecuados en pro de maximizar los recursos del Estado, dicho mandato legal fue acatado en el pliego de condiciones, pues para lograr ese propósito se indicó en el numeral cuestionado, que en el evento que un solo proponente resultara habilitado y la CNTV decidiera adjudicarle la concesión, éste debía aceptar y pagar *“por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del precio base de la Concesión. En tal evento, el precio de la Concesión será de \$113.794.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de \$103.409.000.000 más \$10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido.”*, lo cual permite inferir que el fin del numeral 4.11 no fue otro que resguardar el patrimonio público y garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 72.

Una interpretación correcta del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, implica inferir la existencia de una regla especial para los casos en los que existe pluralidad de interesados en la asignación del espectro, más no excluye la posibilidad de que tal adjudicación se realice cuando de los múltiples interesados solamente se concrete un único proponente.

Una disquisición distinta resultaría contraria a la Carta Política, en especial a lo establecido en los artículos 333 y 334, pues las implicaciones de una eventual anulación del numeral 4.11 del pliego de condiciones y del acto de apertura de la licitación pública No 002 de 2010 tendrían un efecto adverso al modelo constitucional económico colombiano, que propugna por proteger el proceso competitivo y garantizar la eficiencia económica, en beneficio del consumidor.

Nuestro modelo constitucional económico es un modelo de economía descentralizada, con respeto del derecho a la libre iniciativa económica, que exige

⁶ Corte Constitucional T-154 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

el cumplimiento de un fin social, y que, cuando se trata de la prestación de servicios públicos pero con base en la colaboración de agentes económicos privados, lo que se busca es la generación de indicadores de eficiencia asignativa, distributiva, técnica, productiva y de empleabilidad. Todo ello dirigido, además, al bienestar del consumidor.

Por tanto sería contraria a nuestro contrato social el dar cabida a una posibilidad jurídica en donde el poder económico privado logre neutralizar, limitar o subordinar al poder público, y por tanto, ante cualquier disyuntiva hermenéutica debe privilegiarse la decisión que garantice la plena vigencia de lo prescrito en los artículos 333 y 334 de la C.P. en beneficio del bien común.

En desarrollo de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Política y en virtud del ordinal a) del artículo 5o de la Ley 182 de 1995, se reitera que a la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- le asiste la facultad de *“Dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual podrá realizar los actos que considere necesarios para preservar el espíritu de la ley”*.

La Ley especial que rige el servicio público de televisión (182 de 1995) dispone que en la CNTV existirá un Registro Único de Operadores del servicio de televisión, y que, propio de éste, será el poseer un capítulo relativo al Registro de Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional.

Tal patrón de interesados habilitados para participar en las licitaciones destinadas a la explotación del espectro electromagnético, es en si mismo un barrera artificial válidamente constituida con base en el principio de legalidad previamente dicho, por cuanto esa restricción de acceso al mercado del servicio público de televisión.

Tal restricción de acceso al mercado del servicio público de televisión en el nivel de cubrimiento nacional se basa en lo dispuesto en el literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, lo cual implica la existencia de una primera barrera artificial de entrada al mercado relevante (esto es, al del servicio público de televisión en el nivel de cubrimiento nacional), dado que, conforme a lo establecido en dicha preceptiva normativa, en las licitaciones para la escogencia de operadores

zonales (nacionales) **sólo** podrán participar quienes se encuentren calificados y clasificados con anterioridad en el RUO, con no más de dos (2) años de antelación.

Tratándose de un servicio público prestado por particulares, la instalación en el mercado relevante tampoco es libre, sino que se encuentra regulada y, en esa medida, el acceso al mercado encuentra una segunda barrera como lo es la obtención del contrato como tal, fruto de **la selección de la oferta más eficiente** para el mercado y los consumidores que haga la CNTV –o la autoridad competente para ello-, **con base en los principios de transparencia y objetividad.**

Con base en lo anterior, es justo decir que la pertenencia al RUO es una primera barrera de entrada, pues, para ingresar a la licitación respectiva, habrá que tener vigente la inscripción a dicho padrón de posibles oferentes. Ello así, el acceso al mercado del servicio público de televisión en el nivel de cubrimiento nacional no es absolutamente libre, sino, más bien, cualificado y previamente determinado por la inscripción al RUO según decisión administrativa de la CNTV.

Ahora bien, para no crear situaciones de monopolio en el mercado relevante es lógico que deba permitirse a nuevos inscritos ser calificados y clasificados o renovar la calificación y clasificación de los inscritos, para que quienes vayan a participar en una nueva licitación y quienes deban celebrar contratos tengan calificaciones y clasificaciones que en ningún caso sean de más de dos (2) años de vigencia.

Esta predisposición legal y reglamentaria obligó a que antes de abrir la licitación para un nuevo competidor la Administración realizara un análisis económico de las condiciones del mercado, para la definición del nivel de concentración existente a través de los diferentes indicadores, su estructura competitiva, sus características particulares, la elasticidad de la demanda, las barreras de entrada al mercado, entre otros varios elementos que juegan un papel importante al momento de explicar el comportamiento de los agentes que participan en un mercado determinado, y por ende, el precio más justo probable. (Vid. Los estudios técnicos y financieros contratados por parte de la CNTV)

Si no existe esta flexibilidad en la primera de las barreras de entrada al mercado relevante, se crearían las condiciones ideales para que los competidores ya instalados en el mercado no tengan el suficiente incentivo para generar un producto económicamente eficiente, pero además, tampoco habría el incentivo de renovar permanentemente su pertenencia al RUO, lo cual, en otras palabras, redundaría en un competidor “perezoso” ante la imposibilidad de la CNTV para incentivar el proceso competitivo, el cual requiere de la superación de esa primera barrera de entrada para los interesados en acceder al mercado del servicio público de televisión en el nivel de cubrimiento nacional.

De modo que la movilidad de agentes económicos interesados en prestar el servicio anteriormente mencionado, es un incentivo en dos vías: a) para aquél inversor que ve en dicho mercado una opción de asignar sus recursos económicos y maximizar sus beneficios en un mercado en donde las reglas del juego, tanto de acceso (conurrencia y competencia potencial) como de competencia efectiva se aplican con vigor por la autoridad encargada de velar por el proceso competitivo. Y b) un estímulo suficiente para que el competidor ya instalado en el mercado relevante (esto es, el concesionario), gracias al resultado de una efectiva o potencial competencia, no concentre injustamente la riqueza que produce el mercado, sino que, por el contrario, destine parte de su ganancia marginal a la incorporación de nuevas tecnologías e incorporación de nuevas cualidades y características al producto en beneficio del consumidor, pues su permanencia en el mercado no puede ser un especie de derecho inamovible como si nunca tuviera que renovar el contrato de concesión.

Consecuente con lo anterior, toda decisión de la autoridad que regule y vigile el mercado de la televisión abierta debe orientarse a facilitar la participación de cualquier aspirante que demuestre tener la cualidad necesaria para ser inscrito en el RUO; y, una vez aceptado como posible oferente, dada sus calidades reconocidas para ello, se le debe permitir una participación eficaz en el proceso de adjudicación de uno o nuevos canales de televisión comercial abierta nacional.

Merece la pena mencionar que, siendo un mercado de interés general, es decir, eminentemente público y de vocación al bien común, las dos barreras artificiales

de acceso al mercado relevante son instrumentos del poder público administrativo para garantizar recursos para la televisión pública, la viabilidad de la industria de la televisión representada por los operadores privados y el derecho del consumidor a escoger entre varios competidores el producto que más eficientemente le asigne la maximización de los beneficios, en términos de variabilidad, libre escogencia, calidad e innovación.

En dicho contexto, lo que interesa para el efectivo funcionamiento del mercado de la televisión abierta y para la garantía de los derechos del consumidor es que en dicho mercado se fortalezca el proceso competitivo, y que, quién acceda y permanezca en el mismo sea el competidor más eficiente, tanto para el servicio público de televisión abierta nacional, como para el pleno bienestar del consumidor de los productos que ofrece dicho servicio.

En este orden de ideas, aceptar que la licitación pública para la asignación de un tercer canal del servicio público de televisión pública abierta, mediante el mecanismo de subasta, puede desarrollarse, a la luz del Artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 48 de la Ley 182 de 1995, aún si sólo existe un interesado, ya que, al haber sido registrado en el RUO, ha demostrado ser un interesado calificado, y, si luego su propuesta llena los requisitos exigidos por la CNTV, esto es, su oferta es adecuada para una eficiente explotación del espectro electromagnético, ello no es *per se* una cuestión violatoria de una norma posterior pero no especial como la ya citada Ley 1341 de 2009 y su artículo 72.

En efecto, es necesario pensar que la subasta en el caso de marras es sólo un mecanismo que excita la competencia entre aquellos oferentes habilitados para ello, es decir, entre aquellos que gracias a su registro en el RUO han accedido a un especial y exclusivo espacio jurídico y mercantil para presentar su propuesta, de modo que gracias a los principios de transparencia y selección objetiva, la propuesta de cada uno de los oferentes pueda evaluarse y calificarse como la mejor oferta disponible en el mercado.

Ahora bien, la cuestión es saber si, entonces sólo pervive una oferta, el mecanismo de la subasta se ha frustrado, y con ello, la explotación más eficiente

del espacio electromagnético, la competencia entre operadores, menores costes de publicidad y el bienestar del consumidor.

Desde un punto de vista de opción de negocio, la salida de los oferentes habilitados del proceso de subasta puede obedecer también a una falta de incentivo económico suficiente para colmar sus expectativas de maximización de sus propios beneficios. Y en ello juega un papel preponderante el hecho de que una de las reglas de participación sea el precio base. Precio que no es artificial ni necesariamente injusto -esto es, un precio que sin coste de retorno-. Por lo cual, la salida de los otros oferentes habilitados también puede ser una estrategia de presionar un aumento en el precio base, u otras condiciones del pliego de condiciones, y por ende, del futuro contrato.

Pero nótese que la salida de los otros oferentes versus la pervivencia de un solo oferente, admite también una lectura de ser esta la mejor oferta disponible para las condiciones que estima la CNTV como de mayor óptimo para la maximización de los beneficios que traería para el mercado relevante la entrada de un nuevo operador.

No es un asunto menor, que al existir un precio base, más unas condiciones técnicas mínimas para la operación del servicio público en cuestión, el hecho de que un oferente persista en el juego predefinido por la CNTV bajo las disposiciones del pliego de condiciones, refleja que, desde su modelo de negocio y su estrategia para la disminución de costes de transacción, más la implementación de la tecnología necesaria para competir con agentes económicos ya instalados en el mercado relevante, el precio base, más el castigo del 10% menos si no hay más oferentes al finalizar el proceso licitatorio, son factores que dejan a las claras que el proceso ha arrojado la propuesta de mayor óptimo para el bien común.

Con base en lo ya dicho, no es absurdo poner en consideración del máximo tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, que la subasta de marras ha cumplido el fin para el cual fue dispuesto como mecanismo de selección objetiva dentro del proceso licitatorio, como quiera que se vislumbra un encuentro espontáneo entre los intereses públicos y los intereses privados, en donde, por

un lado la Administración obtiene la mejor oferta disponible para maximizar los beneficios que puede producir una explotación económica más eficiente del espectro electromagnético, gracias al fortalecimiento del proceso competitivo en el sector, y la variabilidad de bienes y servicios propios de éste sector; y por el lado del interés privado, se premia el mejor modelo de negocio y de estrategia competitiva, capaz de maximizar la inversión del oferente dentro de los límites del precio base.

De modo que la no pluralidad al término del proceso licitatorio, no es necesariamente un hecho que *per se* deba verse como el fracaso del mecanismo de subasta, pues el fin del mismo, no es otro que el de seleccionar objetivamente la mejor de las ofertas disponibles dentro de la misma licitación. Y ello, también se puede ver como un fin cumplido si al final pervive un solo oferente, siempre y cuando la oferta contenga los elementos necesarios para mejorar los beneficios del consumidor y el crecimiento económico de la industria nacional de la televisión pública y abierta.

Con fundamento en lo anterior, llegamos a la conclusión que la nulidad del numeral 4.11 citado suficientemente, por suponer que su aplicación va en contra del mecanismo mismo de la subasta, o en contra del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, representaría la decisión de menor óptimo para el desarrollo del sector de la televisión pública; lo cual, además del detrimento que supondría para las finanzas del Estado (menor explotación económica del espectro electromagnético) y los derechos del consumidor, sería una decisión contraria a lo establecido en los artículos 333 y 334, pues las implicaciones de una eventual anulación del numeral 4.11 del pliego de condiciones y del acto de apertura de la licitación pública No 002 de 2010 tendrían un efecto adverso al modelo constitucional económico colombiano, que propugna por defender y promover la competencia económica como forma de obtención de los recursos necesarios para el desarrollo de la industria de la televisión, y medio para la maximización de la eficiencia económica, en beneficio del consumidor.

Por lo cual, como ha ocurrido en el caso *sub-examine*, si sólo un oferente continúa en el proceso licitatorio en el cual el componente precio se determina por subasta pública, se reúnen los elementos que permiten agotar el proceso en

pro de la garantía de los artículos 333 y 334 de la C.P., así como de garantizar el proceso competitivo en el mercado, y, con ello, el bienestar del consumidor, a saber:

- a) No están siendo afectados los principios de objetividad y transparencia;
- b) La capacidad del oferente se constata con el hecho de pertenecer al RUO al momento de presentar su oferta; y
- c) La oferta en sí misma representa un buen precio, pues como lo dijimos previamente, la fijación del precio ya había sido previamente determinada por la CNTV con base en los diferentes *inputs* propios del servicio, las condiciones del mercado, las externalidades del mercado y de la economía, así como en la reducción del valor de la concesión que ya había efectuado al renovar la concesión de los dos agentes en competencia efectiva, dado que dicha disminución se había dado sobre la base de un tercer competidor potencial.

Empero, lo más indicado sería que existiese una pluralidad de oferentes por la propia naturaleza del método escogido por la CNTV; mas sin embargo, en ausencia de dicho elemento cuantitativo, debe primar el interés general, que repetimos, no es otro que el proceso competitivo, eficiencia económica y bienestar del consumidor.

En efecto, para la garantía de los artículos 333 y 334 de la C.P. y los derechos de los consumidores del mercado del servicio público de la televisión abierta nacional, toda interpretación de las normas inferiores no debe reñir con ellas, y por ende, toda aplicación de reglas legales, reglamentarias y contractuales deben orientarse sistemáticamente en contra de toda inhibición del proceso competitivo en dicho mercado, en favor del interés general y el bienestar del consumidor, pues de lo contrario, los valores y principios del modelo constitucional económico inmersos en los artículos antes indicados resultarían inanes frente al interés privado de los competidores ya instalados en el mismo, pues el efecto directo sería la limitación de la concurrencia al proceso licitatorio –ya que consiente o inconscientemente, por objeto o por efecto-, la abstención de los otros agentes económicos habilitados por el RUO para participar en el agotamiento de la etapa

licitatoria, produce la imposibilidad de aumentar el número de agentes económicos en competencia en el mercado relevante.

En concepto del Ministerio Público, las consideraciones expuestas resultan suficientes para mantener la legalidad de los actos administrativos precontractuales atacados, pues las condiciones establecidas por la Comisión Nacional de Televisión tanto en el acto de apertura, como en el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública No 002 de 2010, resultan en todo ajustadas a la normatividad que rige este tipo de procesos, en especial a lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y demás normas del Estatuto de Contratación Pública. Consecuente con lo anterior resulta forzoso concluir que lo pretendido por el accionante debe desestimarse, solicitud que en ese sentido eleva el Procurador General de la Nación ante la H. Sala.

De los Honorables Consejeros,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación