CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Referencia:	Expediente N° 25296
Radicación:	25000 2326000 199900242 01
Actor:	Sociedad True Vision of Television S.A.
Demandado:	Comisión Nacional de Televisión
Naturaleza:	Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 18 de marzo de 2003, por medio de la cual declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y denegó las pretensiones de la demanda, la cual será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

La Comisión Nacional de Televisión abrió una licitación pública para la adjudicación de contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel zonal, distrital y municipal. Una vez cerrada la licitación y abiertas las propuestas que fueron presentadas, la entidad resolvió modificar las condiciones de evaluación de las mismas, contenidas en el pliego de condiciones, respecto de un factor de calificación que no quedó debidamente elaborado, con lo cual

impidió efectuar una selección objetiva, circunstancia que la condujo a declarar desierta la licitación, decisión que se produjo por fuera del plazo máximo establecido para ello en el pliego de condiciones.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 18 de diciembre de 1998, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad True Vision of Television S.A. presentó demanda en contra de la Comisión Nacional de Televisión – CNTV-, cuyas pretensiones fueron (f. 5 a 59, c. 1)¹:

6.1. Que se declare la nulidad de la demandada Resolución No. 0970 de noviembre 5 de 1998, expedida por la Junta Directiva de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV-, al menos en lo que corresponde al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, para la cual presentó la mejor oferta mi representada.

6.2. Que como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad, se condene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV-, a reconocer y restablecer de manera integral y en equidad, todos los derechos de mi mandante que resultaron vulnerados con la expedición de la referida Resolución No. 0970 de noviembre 5 de 1998.

6.3. Que se condene a la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN –CNTV-, a pagar y a indemnizar integralmente y en equidad, a favor de mi representada, todos los perjuicios, presentes y futuros, que se prueben durante el proceso, incluido el daño emergente y el lucro cesante, ocasionados a mi mandante como consecuencia o por causa de la expedición de la Resolución No. 0970 de noviembre 5 de 1998.

¹ Mediante auto del 7 de mayo de 2007, se ordenó tener a la sociedad Mauricio Fajardo Abogados Asociados Ltda., como litisconsorte de la parte actora, en consideración a que la sociedad True Vision of Television S.A. presentó ante el Consejo de Estado un memorial de cesión de derechos litigiosos mediante el cual cedió a favor de la referida firma el 25% de la totalidad de los que le corresponden dentro de este proceso (f. 338, c. ppl.).

6.4. Que se condene en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada CNTV.

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, en resumen, las siguientes:

2.1. La Comisión Nacional de Televisión –CNTV-, mediante Resolución n.º 004 del 6 de enero de 1998, ordenó la apertura de la licitación pública 001 de 1998, para la adjudicación de concesiones para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, con fecha de apertura el 3 de julio de 1998 y de cierre, el 23 del mismo mes y año, según lo dispuesto en Resolución 448 del 19 de junio de 1998.

2.2. La licitación pública fue organizada por zonas o municipios, de tal manera que los oferentes debían precisar para cuál de ellos formulaban su propuesta.

2.3. Luego de establecer la viabilidad económica y la rentabilidad de la inversión, la sociedad True Vision of Television S.A., presentó oferta en la licitación 01 de 1998, para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, para lo cual incurrió en múltiples gastos, como la contratación de firmas especializadas que la asesoraran en la preparación de dicha propuesta.

2.4. En la licitación, se presentaron para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, 2 propuestas: la de True Vision of Television S.A. y la de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá –ETB-.

2.5. Las ofertas fueron evaluadas por la entidad licitante y obtuvieron el siguiente puntaje, sobre un total de 1000: True Vision of Television S.A.: 913.920 puntos y Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá –ETB-: 893.875 puntos, es decir que la actora presentó la mejor oferta para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

2.6. El 4 de noviembre de 1998, es decir un día antes de la fecha de adjudicación de la licitación y cuando ya había transcurrido el horario hábil establecido para recepción de correspondencia externa, la CNTV recibió una comunicación escrita del procurador general de la Nación, contentiva de observaciones y comentarios relacionados con la licitación pública n.º 01 de 1998.

2.7. En sesión privada, según consta en acta 472 y antes de la realización de la audiencia pública convocada para el 5 de noviembre de 1998, la junta directiva de la CNTV decidió aprobar el proyecto de resolución por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública y en la referida audiencia, se dio a conocer este acto administrativo, contenido en la Resolución n.º 0970 del 5 de noviembre de 1998.

2.8. La demandante adujo que el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública 01 de 1998 fue ilegal, pues violó los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 58, 75, 76, 77, 83, 121, 209, 228, 238, 273 y 365 de la Constitución Política, los artículos 2, 24-5, 24-7, 25-9, 25-18, 29 y 30-10, los artículos 3, 37 y 66 del Código Contencioso Administrativo, los artículos 5, 43 y 44 de la Ley 182 de 1995, los artículos 8 y 9 de la Ley 336 de 1996 y los artículos 10, 11, 16 y 32 de la Ley 446 de 1998.

2.9. En el concepto de la violación, el demandante explicó que la decisión carecía de causa y que no estuvo motivada en forma detallada y precisa, pues se limitó a transcribir el concepto del procurador general de la Nación –presentado extemporáneamente, con lo cual se violó el derecho de igualdad y el debido proceso– referido a supuestas e hipotéticas irregularidades de orden legal en la tramitación del procedimiento de selección, sin manifestar si lo compartía o no, sin analizar los puntos en cuestión y sin referirse a las propuestas recibidas, su calificación y la posibilidad o no de efectuar una comparación objetiva entre las mismas, alegando que el escrito del jefe del ministerio público no era obligatorio ni tenía fuerza vinculante alguna y que la única competente para decidir sobre la adjudicación era la junta directiva de la CNTV, que no podía trasladarla al organismo de control.

2.10. Sostuvo que la entidad demandada desconoció que la única causal para declarar desierta una licitación, es la imposibilidad de efectuar una selección objetiva y se apoyó en causales distintas.

2.11. Manifestó que en la licitación pública, las ofertas sí pudieron ser objetivamente comparadas y calificadas; por lo tanto, era fáctica y jurídicamente viable realizar la escogencia objetiva y en consecuencia, no era procedente la declaratoria de desierta de la licitación sino que procedía su adjudicación.

2.12. El demandante también alegó que la decisión de declarar desierta la licitación no fue tomada en la audiencia pública destinada para ello sino antes, en sesión privada, es decir que se violó el debido proceso. En relación con las objeciones del procurador, manifestó:

2.12.1. Respecto a la indebida extensión del plazo máximo para adjudicar –pues debiendo ser el 31 de octubre se prorrogó hasta el 5 de noviembre de 1998-, que no se justificaba sacrificar por esta razón los principios de economía, eficiencia y eficacia del artículo 209 constitucional, el interés general envuelto en la licitación pública 01 de 1998 y los derechos sustanciales de los oferentes y que además, esa prórroga estaba contenida en un acto administrativo que se presumía válido y que por lo tanto era de obligatorio cumplimiento, sin que le fuera dable a la administración aplicar la excepción de ilegalidad; además, si el plazo estaba vigente el 5 de noviembre para declarar desierta la licitación, también lo estaba para adjudicar.

2.12.2. Afirmó que no era cierto que el pliego de condiciones hubiera permitido ofrecimientos de extensión ilimitada al permitir que los proponentes dispusieran voluntariamente el número de oficinas de atención al público que ofrecerían y no era válido alegar la ineficacia de pleno derecho de esa disposición, porque no le correspondía a la administración tal facultad, exclusiva del juez.

2.12.3. Consideró que no se generó discriminación ni favorecimiento para ninguno de los oferentes al supuestamente adoptar el pliego de condiciones, una forma de

calificación que llevara a asignarle a todos el máximo puntaje en los asuntos correspondientes al ofrecimiento de canales culturales y producción propia y por lo tanto no sería causal válida para declarar desierta la licitación.

2.12.4. Sostuvo que las condiciones establecidas para el desempate absoluto de las ofertas son objetivas y no constituyen causal para la declaratoria de desierta.

II. Actuación procesal

3. La entidad pública demandada **contestó la demanda** y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que son contrarias a derecho (f. 66, c. 1).

3.1. Explicó que la decisión impugnada sí se motivó, por cuanto se fundó en la comunicación del procurador general de la Nación allí plasmada, en la que se detallaron los hechos que vulneraban el principio de transparencia y por lo tanto imposibilitaban realizar una selección objetiva dentro del proceso 001 de 1998; que no se violó el debido proceso, porque el Procurador , para hacer sus comentarios, no estaba sometido al término para presentar observaciones a las evaluaciones dispuesto para los proponentes y porque la existencia de audiencia pública de adjudicación no significaba que la administración no se pudiera formar su propio criterio sobre la decisión, para informarlo en aquel momento; consideró que el pliego de condiciones sí permitió presentar ofrecimientos de extensión ilimitada en el punto de las oficinas de atención al suscriptor, al no establecer un mínimo de requerimientos para las mismas; que la decisión de unificar la calificación de los factores previstos en los numerales 11.1 y 11.2 del pliego de condiciones, obedeció a la relatividad del concepto de cultura, que trajo como consecuencia desigualdades injustas entre los proponentes, configurándose otro motivo que impedía la selección objetiva y que el mecanismo de desempate establecido en el pliego de condiciones, no obedeció a criterios objetivos, todo lo cual, impedía una selección objetiva y por lo tanto procedía declarar desierta la licitación.

3.2. Propuso como excepción la falta de agotamiento de la vía gubernativa, ya que contra el acto demandado procedía el recurso de reposición, tal y como se anunció en el mismo, el acto fue notificado personalmente al representante legal de la demandante el 12 de noviembre de 1998, quien se abstuvo de interponer el recurso, por lo cual es claro que el demandante no podía acudir a esta jurisdicción.

4. El 18 de marzo de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y denegó las pretensiones. Lo primero, por cuanto contra el acto demandado sólo procedía el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 55 y 63 del C.C.A; y lo segundo, porque consideró que no se hallaba configurada ni demostrada ninguna de las imputaciones hechas en la demanda en contra del acto administrativo impugnado, toda vez que en ejercicio de sus funciones constitucionales, entre las que se halla la de propender por la legalidad de las actuaciones administrativas, el Procurador general de la Nación intervino en el proceso licitatorio adelantado por la entidad demandada –licitación pública 001 de 1998- mediante la revisión del pliego de condiciones que la rigió, advirtiendo en él varias irregularidades y factores de evaluación que no eran objetivos ni claros ni precisos, de lo cual dio cuenta a la entidad, a quien advirtió que debía tomar las medidas que garantizaran la adjudicación en condiciones de objetividad y aseguraran los principios de legalidad, transparencia y economía; además, para tal intervención en cumplimiento de sus funciones, el Procurador no tiene términos o plazos específicos y no se puede equiparar a un proponente, para afirmar que sólo podía hacerlo dentro del término dado a éstos para presentar observaciones a la evaluación de las propuestas. Y concluyó que al existir en el pliego de condiciones factores de evaluación subjetivos y ambiguos que impedían la escogencia objetiva del proponente, resultaba procedente declarar desierta la licitación como lo hizo la entidad (f. 217 a 231, c. ppl.).

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación** en el que solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual, sostuvo (f. 233 y 242, c. ppl):

5.1. Que el acto administrativo demandado carece de la motivación seria, detallada y precisa a la que alude el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y de falta de causa, pues se limitó a transcribir el concepto del Procurador general de la Nación, reiterando a continuación los argumentos expuestos en la demanda, en torno al defecto enunciado, por la no explicación de la entidad respecto de la existencia de las

irregularidades advertidas por el procurador y la incidencia de las mismas en la presentación y evaluación de las ofertas y en el proceso licitatorio en general.

5.2. La decisión de declarar desierta la licitación, se fundó en razones distintas a la causal legalmente establecida para ello, pues se probó que las ofertas fueron objetivamente comparadas y calificadas y por lo tanto se podía realizar una selección objetiva. Por lo tanto, el hecho de que el Procurador hubiera manifestado que algunas de las disposiciones del pliego de condiciones eran ineficaces de pleno derecho, no autorizaba a la entidad a declarar desierta la licitación y el *a-quo* ni siquiera verificó si la aludida ineficacia se presentó o no.

5.3. El concepto del procurador general de la Nación, no obligaba a la entidad a declarar desierta la licitación pública ni le impartió orden alguna en tal sentido. La competente para decidir sobre la adjudicación era la entidad y el jefe del ministerio público no la podía suplantar.

5.4. La intervención de la Procuraduría fue extemporánea, pues se dio por fuera de los 5 días que tuvieron todos los intervinientes e interesados para presentar sus comentarios en relación con las ofertas, su evaluación y el proceso de licitación. Además, del concepto del procurador no se les dio traslado a los proponentes ni se les brindó oportunidad de pronunciarse acerca de su contenido, como tampoco se les dio a conocer el informe final del comité evaluador, en el que se respondían las observaciones a la evaluación de las ofertas.

5.5. La sentencia de primera instancia dejó de pronunciarse sobre varios cargos de violación aducidos en la demanda: i) falta de proporcionalidad de la decisión adoptada por la CNTV, ii) la imposibilidad de desconocer la ampliación del plazo de adjudicación, fijado hasta el día 5 de noviembre de 1998, iii) la obligatoriedad y la presunción de legalidad de los actos administrativos, iv) la improcedencia de la excepción de ilegalidad, v) la imposibilidad de invocar la ineficacia para desconocer la obligatoriedad de los pliegos de condiciones, vi) inexistencia de irregularidad en la asignación del máximo puntaje a todos los oferentes en lo relacionado con canales culturales y producción propia, vii) las condiciones establecidas para el desempate absoluto de las ofertas son objetivas y no constituyen causal para declaratoria de desierta, viii) el favorecimiento del monopolio actual con la declaratoria de desierta y ix) la demandada declaratoria de desierta solo tiende a favorecer, indebidamente, condiciones desiguales

de competencia en una próxima licitación, con lo cual el Tribunal *a-quo* incumplió el mandato del artículo 55 de la Ley 270 de 1996.

CONSIDERACIONES

I. La competencia

6. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1998 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$4 312 000,00 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en al menos la suma de \$ 16 708'147 890,00, a título de lucro cesante, por concepto de la utilidad que habría obtenido a partir de la ejecución del contrato de cuya adjudicación se vio privada (f. 53, c. 1).

7. Se observa que la Ley 1507 de 2012², de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo n.º 02 de 2011, ordenó en su artículo 20 la liquidación de la Comisión Nacional de Televisión y estableció que una vez quedara conformada la Junta Nacional de Televisión, las entidades del Estado a las cuales se les han distribuido competencias en la referida ley asumirían e iniciarían el ejercicio de las mismas y la CNTV entraría en proceso de liquidación, pasando a denominarse Comisión Nacional de Televisión-en liquidación. Por su parte, el artículo 21 de la misma ley, dispuso que las entidades públicas a las que se transfieren las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, la sustituirán en la posición que esta ocupe en los procesos judiciales en curso, incluyendo arbitramentos en que esta participe en cualquier calidad. Mediante Decreto 774 del 19 de abril de 2012, se designó el liquidador de la entidad, razón por la cual mediante auto

² “Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones”, publicada el 10 de enero de 2012 en el Diario Oficial 48308.

del 28 de febrero de 2013 se ordenó notificar personalmente el presente proceso (f. 351 a 358, c. ppl.).

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis³:

8.1. Mediante Resolución n.º 004 del 6 de enero de 1998, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación pública nacional n.º 001 de 1998, para el otorgamiento de los contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel zonal: zona norte, central y occidental⁴; y municipal o distrital, en las siguientes ciudades: Santafé de Bogotá, D.C., Cali, Medellín, Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Bucaramanga, Pereira, Ibagué, Pasto, Manizales, Santa Marta, Montería, Neiva, Villavicencio, Valledupar, Armenia, Popayán, Sincelejo, Quibdó, Riohacha, Arauca, Yopal, San Andrés, San José del Guaviare, Leticia, Mocoa, Puerto Inírida, Mitú, Puerto Carreño, Tunja, Florencia, Bello, Soacha, Soledad, Buenaventura, Palmira, Floridablanca e Itagüí, para un periodo de 10 años, contados a partir de la fecha en que se perfeccione

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La Sala valorará los documentos presentados en copia simple, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció que las copias simples serían valoradas en “(...) los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas”.

⁴ En el pliego de condiciones se aclara que la zona norte comprende los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia y Sucre; zona central, compuesta por los departamentos de Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santafé de Bogotá; zona occidental, compuesta por los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca; el nivel municipal o distrital, “(...) comprende todos los distritos y municipios del territorio colombiano, conforme a la relación contenida en el Anexo No. 4 (...)” y en el numeral 1.4 del pliego, se aclara que se concederá una concesión para cada uno de los distritos y municipios previstos (numerales 1.3.1 y 1.3.2 del pliego, f. 218, c. 4).

el contrato. Se estableció como fecha de apertura el 23 de enero de 1998 y de cierre, el 11 de febrero del mismo año. Por la necesidad de efectuar ajustes al pliego de condiciones, estas fechas fueron modificadas varias veces por las Resoluciones 021 del 22 de enero de 1998, 046 del 5 de febrero de 1998, 084 del 10 de febrero y 448 del 19 de junio del mismo año, quedando como fechas de apertura y cierre de la licitación, el 3 y el 23 de julio de 1998, respectivamente (f. 12, 676, 679, 681 y 683, c. 2).

8.2. El pliego de condiciones que rigió la licitación pública 001 de 1998⁵, estableció, entre otras cosas (f. 204 a 321, c. c. 4):

8.2.1. Que al presentar sus propuestas, los oferentes lo aceptan junto con sus condiciones, formatos y anexos y por lo tanto aquellas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de sus apartes y no pueden ser modificadas con posterioridad a la fecha de su presentación, debiendo el proponente aportar la información solicitada en el pliego, contestando cada uno de sus puntos –numeral 3.1.5-;

8.2.2. La propuesta debía estar conformada por 5 volúmenes separados: Volumen I: lineamientos de la licitación, volumen II: condiciones financieras, volumen III: condiciones técnicas, volumen IV: condiciones de experiencia y profesionalismo y estructura organizacional y volumen V: propuesta de programación.

8.2.3. En los criterios de evaluación –capítulo VI-, estableció que las propuestas serían evaluadas sobre un total de 1000 puntos por ítems, resultantes de la suma de los puntajes otorgados a los siguientes parámetros de evaluación, de conformidad con lo establecido en los capítulos VII, VIII; IX y X del pliego:

PARÁMETROS	PUNTAJE MÁXIMO	PESO
-------------------	-----------------------	-------------

⁵ Se observa que el ejemplar de pliego de condiciones aportado al proceso se encuentra incompleto, puesto que le faltan folios; a título de ejemplo, no consta el anexo 4, correspondiente a los derechos de concesión que deberán pagar los concesionarios de televisión por suscripción a nivel de los municipios o distritos y al cual remite el literal b) del numeral 5.1.1. (ver f. 275 y 276, c.4, en donde el pliego pasa de la página 66 a la página 95).

1. Financiero	1000	20%
2. Técnico	1000	20%
3. Experiencia y profesionalismo	1000	15%
4. Estructura organizacional	1000	15%
5. Propuesta de programación	1000	30%

8.2.4. En relación con el último factor de calificación, esto es, propuesta de programación, el pliego estableció en cuanto a su evaluación:

CAPÍTULO XI

11. Propuesta de Programación

11.1. Canales ofrecidos

Los proponentes, en su propuesta, indicarán el número y nombre de los canales que se proponen programar o distribuir, y el porcentaje de canales culturales del total ofrecido en el paquete básico.

Se calificará con un puntaje máximo de doscientos cincuenta (250) puntos al proponente que ofrezca el mayor número de canales y proporcional a los demás.

Para efectos del presente pliego de condiciones, se entiende por canales culturales aquellos cuya programación, independientemente de su origen de producción, se dedique permanentemente a la difusión del conocimiento científico, académico, artístico o popular, como también que tengan el propósito de elevar el desarrollo humano o social de los habitantes del territorio nacional, o fortalecer su identidad cultural o propender por la conservación de la democracia y la convivencia nacional.

Para las solicitudes de prórrogas de las concesiones, así como para solicitudes de ampliación, los operadores deberán haber cumplido con el porcentaje de canales de carácter cultural al cual se comprometieron en su propuesta.

Para calificar este criterio, la Comisión Nacional de Televisión evaluará las propuestas teniendo en cuenta la media aritmética de los porcentajes de canales culturales ofrecidos por todos los proponentes de cada Zona, Municipio o Distrito.

El porcentaje de canales culturales ofrecidos por el proponente se calificará de acuerdo con el siguiente factor:

*Factor No. 1=**Porcentajes de canales culturales ofrecidos por el proponente x*
100

Media aritmética por Zona, Municipio o Distrito

Este criterio tendrá un puntaje máximo de quinientos puntos (500), así:

Factor No. 1	PUNTOS
<i>Mayor o igual a 180%</i>	<i>500</i>
<i>Mayor o igual a 160% y menor de 180%</i>	<i>400</i>
<i>Mayor o igual a 140% y menor de 160%</i>	<i>300</i>
<i>Mayor o igual a 120% y menor de 140%</i>	<i>200</i>
<i>Mayor o igual a 100% y menor de 120%</i>	<i>150</i>
<i>Mayor o igual a 80% y menor de 100%</i>	<i>125</i>
<i>Mayor o igual a 60% y menor de 80%</i>	<i>100</i>
<i>Mayor o igual a 40% y menor de 60%</i>	<i>87</i>
<i>Mayor o igual a 20% y menor de 40%</i>	<i>25</i>

Menor de 20%	0
--------------	---

11.2. Producción propia

En la producción propia que cada concesionario está obligado a transmitir, la Comisión Nacional de Televisión calificará el concepto y el cumplimiento de los fines y principios establecidos por la Ley 182 de 1995 para el servicio público de televisión. Para el efecto el proponente describirá el contenido y estructura de la programación propia.

Este aspecto se calificará con un puntaje máximo de ciento veinticinco (125) puntos.

11.3. Mayor número de horas de producción propia ofrecida.

La Comisión Nacional de Televisión calificará con un máximo de ciento veinticinco (125) puntos el mayor número de horas diarias ofrecidas de transmisión de producción propia.

Al proponente que ofrezca la transmisión de un mayor número de horas diarias de producción propia tendrá el máximo puntaje, y el resto será proporcional.

8.2.5. En relación con la posibilidad de declarar desierta la licitación, en el numeral 3.1.16 de consignó que “La Comisión Nacional de Televisión podrá declarar desierta la licitación en el evento previsto en el numeral 18 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, respecto a determinadas concesiones zonales, distritales o municipales. En caso de declaratoria de desierta total o parcial se procederá a la contratación directa, de las concesiones en las zonas, distritos o municipios respectivos, observando las reglas de escogencia objetiva señaladas en la Ley 80 (...)”.

8.3. La junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, resolvió modificar el capítulo XI, *Propuesta de programación*, del pliego de condiciones, en relación con el puntaje a otorgar por concepto del porcentaje de canales culturales, al decidir otorgar el máximo, es decir 500 puntos, a todas las ofertas. Así se desprende del testimonio de

Manuel Eduardo Osorio Lozano, jefe de la Oficina de Canales y Calidad de Servicios de la CNTV, quien al explicar las observaciones del procurador general de la Nación, manifestó en relación con el criterio de calificación denominado programación, que “(...) *la Procuraduría sobre este punto objetó la forma como calificó la comisión, la cual quien (sic) otorgó el máximo puntaje a todos los proponentes en consideración a la amplitud del concepto de TV cultural, que señala la Ley de TV, de acuerdo al cual los programas culturales responden a cualquier tipo de género como por ejemplo los humorísticos, deportivos, dramatizados, etc.*” (f. 108, c. 1) y del documento de respuesta a las observaciones efectuadas por los proponentes a la calificación de las propuestas, en el cual, respecto de las presentadas por algunos de ellos, manifestó:

8.3.1. En relación con las observaciones de la sociedad Comercial Dinámica Barranquilla Atlántico (f. 7, c. 5):

b) Objeta que en el ítem de Porcentaje de Canales Culturales ofrecido se le hubiera dado al proponente Televista S.A., la misma calificación que a Comercial Dinámica S.A., siendo que la primera ofreció 23% de canales culturales y la segunda 100%.

Dice el observante que de acuerdo como estaba previsto en el pliego, “la calificación de este criterio obedece a un concepto matemático, que como ciencia pura y exacta no permite interpretaciones subjetivas”, y que al darle a todos la misma calificación se está perjudicando a unos para favorecer a otros, lo cual sería demandable. Al actuar así, la CNTV está “dándole así una interpretación subjetiva a unas reglas objetivas dadas, o elaboraron equivocadamente los pliegos (...)”.

Respuesta:

(...) La Junta Directiva de la Comisión de Televisión, en consideración al amplio concepto de Cultura referido al servicio de televisión que según las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, lo cual generó diversas interpretaciones entre los proponentes en cuanto al porcentaje de canales culturales, decidió otorgar la máxima calificación aplicable a este ítem, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 y con el fin de garantizar la transparencia del proceso y la igualdad de los proponentes, en lo atinente a la definición de reglas que no induzcan a error a los proponentes.

8.3.2. La firma Televista S.A., manifestó que “(...) la calificación dada a Comercial Dinámica S.A., en cuanto a porcentaje (%) de canales culturales ofrecidos es impropio, por cuanto considera el observante que la naturaleza de la TV por Suscripción es eminentemente comercial y no cultural, y al evaluarse este criterio se la estaría desvirtuando. Indica además, que los canales relacionados por Comercial Dinámica S.A. como culturales no lo son, ya que en la misma propuesta éstos tienen clasificación propia: infantil, musical, variedades, deportivo, informativo, películas, etcétera”. La entidad, ante esta observación, respondió⁶ (f. 11 y 62, c.5):

De acuerdo con la definición de la ley, la naturaleza de la Televisión por Suscripción radica en el tipo de relación que el operador establece con el usuario, y no en el contenido de las señales que distribuye ni en el origen o nacionalidad de éstas. Además el carácter de la programación es una variable que la ley no contempla al definir este servicio.

A su vez, el artículo 2º de la Ley 182 de 1995 establece que uno de los principios del servicio público de televisión es “... propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local”.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que lo cultural es uno de los principios legales del servicio público de televisión no puede afirmarse que el criterio “Porcentaje de Canales Culturales Ofrecido” sea impropio.

De otra parte, de acuerdo con la definición de cultura contenida en el párrafo del Artículo 61º de la Ley 182 de 1995 y en el Pliego de Licitación, lo cultural no son los temas sino la forma en que éstos son tratados. Por tanto, el hecho de que un canal sea infantil o musical o deportivo o de películas no excluye la posibilidad de que, además, sean culturales.

8.3.4. La firma Apac y Cía Ltda., Valledupar Cesar, “(...) manifiesta su inconformidad con la determinación adoptada por la CNTV en el sentido de otorgarle a todos los proponentes la máxima calificación en el criterio “Porcentaje de Canales Culturales ofrecido”. Señala que esa determinación es subjetiva, que atenta contra la cultura y que va en contra de su propuesta, puesta que APAC Y CIA LTDA fue el licitante que mayor

⁶ Se remite a los folios 11 y 62, por cuanto el documento pasa de la página 11 a la 33, pero más adelante se encuentra la página 12, en la que consta la respuesta de la entidad.

porcentaje de canales culturales se comprometió a transmitir y sin embargo obtuvo igual calificación que sus competidores, que ofrecieron menos porcentaje”. La entidad, dio la misma respuesta que a la firma Comercial Dinámica S.A. –ver párrafo 8.3.1- (f. 76 y 77, c. 5).

8.3.5. Del mismo modo, el consorcio T.V. Cable, en relación con la programación, manifestó (f. 126, c. 5):

a) La CNTV decidió otorgarle la misma calificación a todos los proponentes en el ítem “Porcentaje de Canales Culturales ofrecido”. Esta calificación no es consistente con el contenido de las propuestas, puesto que en la Zona Centro los distintos proponentes ofrecieron porcentajes diferentes de canales culturales.

b) Inversiones América del Sur Ltda., ofrece canales culturales como Independent Film Chanel, Ovation y History Channel que no están disponibles para territorio colombiano.

8.3.6. La entidad dio la misma respuesta que a los demás y agregó que según el pliego, los proponentes debían indicar el porcentaje de canales culturales que se proponían distribuir y no indicar su nombre, por lo que haberlo hecho no modificaba la calificación dada a Inversiones América del Sur.

8.3.7. Igual reclamación efectuó la sociedad Inversiones América del Sur S.A., al manifestar su “(...) *inconformidad por el hecho de que en su propuesta se comprometió a transmitir el 100% de canales culturales en el Paquete Básico, y sin embargo le fue otorgada la misma calificación que a proponentes que ofrecieron menos porcentaje”,* obteniendo la misma respuesta de la entidad (f. 131 y 132, c. 5).

8.4. La junta directiva de la CNTV, mediante resolución n.º 962 del 30 de octubre de 1998, prorrogó el plazo para la adjudicación de la licitación pública 001 de 1998 hasta el jueves 5 de noviembre de 1998, a las 10:00 a.m. (f. 674, c. 2).

8.5. En la licitación pública 001 de 1998, para la ciudad de Bogotá sólo presentaron propuesta la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá ETB (n.º de pliego 123) y la sociedad True Vision of Television S.A. (n.º de pliego 197), según consta en el acta de cierre de la licitación y apertura de la urna triclave de la licitación y el cuadro de evaluación de las ofertas presentadas en la misma (f. 1 a 227 y 233 a 250, c. 7).

8.6. En el cuadro de evaluación de las ofertas, aparecen los siguientes puntajes (f. 240, c. 7):

Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá:

- Financiero (puntaje máximo: 1000 puntos - 20%):	900	(18%)
- Técnico (puntaje máximo: 1000 + J3 puntos - 20%):	935	(18.7%)
- Experiencia y profesionalismo (puntaje máximo: 1000 puntos – 15%):	1000	(15%)
- Estructura organizacional (puntaje máximo: 1000 puntos – 15%):	512.5	(7.6875%)
- Propuesta de programación (puntaje máximo: 1000 puntos – 30%):	1000	(30%)
Total:	4347.5	(89.3875%)
Total puntaje sobre mil puntos:	893.875	

True Vision of Television:

- Financiero (puntaje máximo: 1000 puntos - 20%):	900	(18%)
- Técnico (puntaje máximo: 1000 + J3 puntos - 20%):	912	(18.24%)
- Experiencia y profesionalismo (puntaje máximo: 1000 puntos – 15%):	1000	(15%)
- Estructura organizacional (puntaje máximo: 1000 puntos – 15%):	1000	(7.6875%)
- Propuesta de programación (puntaje máximo: 1000 puntos – 30%):	834.4	(25.152%)
Total:	4650.4	(91.392%)
Total puntaje sobre mil puntos:	913.92	

8.7. En sesión ordinaria de sala plena del 4 de noviembre de 1998, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión procedió a efectuar el análisis y evaluación de las propuestas de la licitación 001 de 1998, iniciando por el estudio de las propuestas que fueron rechazadas, del cual resultó que algunas fueron incluidas para la evaluación, por considerar que las causas de su rechazo no daban para tal decisión; a continuación, se consignó que *“Finalizado el estudio de las propuestas zonales, los señores comisionados, en presencia de la Secretaria General, retomaron el análisis de las calificaciones de las propuestas de los operadores municipales, contenidas en el documento que se anexa a la presente acta”* y que *“Las respuestas presentadas por el Comité Evaluador acerca de las observaciones remitidas por todos y cada uno de los proponentes, sobre la calificación de las ofertas publicada en la Secretaría General de la CNTV, por ajustarse a los parámetros contenidos en la Ley 80 de 1993, fueron acogidas en su totalidad y unánimemente por los miembros de la Junta Directiva”*. A renglón seguido, en el acta consta que a las 6:10 p.m. le fue entregada al director, la carta del procurador general de la Nación, recibida el mismo día a las 6:06 p.m., en la cual se denuncian posibles irregularidades del proceso licitatorio 001 de 1998, anotando a continuación (f. 1 a 11, c. 2):

Ante las dudas planteadas por el señor Procurador, que generaron un extenso debate y luego de escuchar los conceptos de la Secretaría General, del Subdirector de Asuntos Legales, del Jefe de Canales y del Subdirector Administrativo, acerca de la conveniencia o inconveniencia de declarar desierta la licitación, la Junta Directiva por unanimidad, determinó preparar un proyecto de resolución para proceder a declarar desierta la Licitación 001 de 1998, con base en la carta de la Procuraduría.

(...)

Ante esta situación, la Junta Directiva determinó modificar el orden del día previsto para la audiencia pública de adjudicación y, en su lugar, comunicar a los asistentes la resolución que contiene la decisión de declarar desierta la licitación.

Revisado el proyecto de resolución declarando desierta la Licitación 001 de 1998, fue aprobado por unanimidad por la Junta Directiva y se dio por terminada la sesión, siendo las 12:15 A.M.

8.8. El 4 de noviembre de 1998, el procurador general de la Nación, “*en cumplimiento de su función de vigilancia preventiva*”, envió comunicación a la CNTV refiriéndose a la licitación pública 001 de 1998, de la cual recibió varias quejas sobre irregularidades cometidas en su tramitación y manifestó:

Como es de su conocimiento, la Procuraduría General de la Nación ha realizado, en cumplimiento de su función de vigilancia preventiva, algunas actuaciones dirigidas a revisar el trámite del proceso licitatorio 001 de 1998, adelantado por la Comisión Nacional de Televisión. Adicionalmente, se han estudiado algunas quejas formuladas sobre irregularidades cometidas en desarrollo de dicho proceso.

Como consecuencia de lo anterior y con fundamento en la documentación allegada a esta entidad, se han advertido algunas posibles irregularidades que han dado lugar a la apertura de indagación preliminar por parte de la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal. A continuación me refiero a cada una de ellas:

*1. Incumplimiento del plazo previsto para la adjudicación de la licitación.
Posible violación del principio de legalidad:*

El pliego de condiciones dispuso en su numeral 3.1.13 que la adjudicación de la licitación se hará dentro de los 5 días calendario siguientes al vencimiento del plazo para que los proponentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas. Este último término, de acuerdo con el numeral 3.1.12, corresponde a los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del plazo previsto para evaluar las propuestas.

Si se tiene en cuenta que el plazo para evaluar las propuestas venció el 16 de octubre de 1998, se concluye que el término de 5 días hábiles previsto para presentar observaciones debió correr entre el 19 y el 23 de octubre. Por lo anterior, la adjudicación de la licitación debía efectuarse entre los días 24 y 28 de octubre de 1998.

De conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y en el pliego de condiciones, el plazo para la adjudicación podía prorrogarse, antes de su vencimiento, por un término total no mayor a la mitad del inicialmente señalado. Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente se concluye en principio que, mediante la prórroga, el plazo indicado solo podía ampliarse por dos días y medio calendario, esto es, hasta el 31 de octubre de 1998 al medio día. La prórroga, por lo demás, solo podía efectuarse antes del 28 de octubre.

Se advierte, sin embargo, que mediante Resolución 962 del 30 de octubre de 1998, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión prorrogó el plazo para adjudicar hasta el 5 de noviembre de 1998, a las diez de la mañana, contando, al parecer, como hábiles, los días que en el pliego de condiciones están previstos como calendario, por lo cual se efectuó una prórroga posiblemente irregular del plazo previsto para adjudicar.

El desconocimiento de este plazo podría constituir una violación del principio de legalidad, al quebrantarse las reglas previstas en el numeral 9 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, ya que se realizaron actuaciones por fuera del término establecido para adjudicar la licitación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la misma ley, tiene el carácter de preclusivo y perentorio.

2. Posible violación del principio de transparencia

a. La Ley 80 de 1993 dispone en su artículo 24, numeral 5, literal e), que, en virtud del principio de transparencia en los pliegos de condiciones se definirán reglas que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada.

Esta disposición pudo ser violada por el numeral 10.2.1 del pliego de condiciones, según el cual se evaluará el número total de oficinas de atención al suscriptor que el proponente proyecta ubicar en los dos primeros años de operaciones en los municipios o distritos donde aspira a prestar el servicio.

Este factor fue calificado, de acuerdo con el pliego, en la siguiente forma: 500 puntos para el proponente que acreditó un mayor número de oficinas en proporción al potencial poblacional de la propuesta. Los demás, ponderadamente en orden descendente.

Se observa que, en principio, esta condición permite a los proponentes presentar ofrecimientos de extensión ilimitada, por lo cual violaría el principio de transparencia previsto en la norma citada.

Adicionalmente, no se establecen en el pliego de condiciones elementos que permitan definir las características de las oficinas aludidas ni los servicios que deben prestar, lo que podría dificultar la evaluación objetiva de las propuestas, ya que, como ha quedado dicho, solo se tiene en cuenta el número total de las oficinas ofrecidas. Esta circunstancia es contraria a lo dispuesto en el literal b) del citado numeral, según el cual en los pliegos de condiciones deben definirse reglas objetivas, justas, claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

b. Los numerales 7.2.2.1. y 7.2.2.2. del pliego de condiciones también podrían ser violatorios de lo dispuesto en el literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En efecto, tales numerales establecen que, en lo relativo a los equipos de cabecera y la red de distribución, las propuestas se calificarán teniendo en cuenta la media aritmética de la sumatoria del valor de los equipos y la red de distribución, respectivamente, ofrecidos por todos los proponentes en cada una de las zonas o municipios o distritos, dividida por el número de proponentes de cada una de las zonas o municipios o distritos.

No se establece ningún procedimiento que permita comparar los valores de inversión ofrecidos por los diferentes proponentes en cada una de las ciudades que componen la zona, de tal manera que los factores indicados

resultan calificados con fundamento en el valor de la inversión total, sin tener en cuenta las necesidades y condiciones de cada ciudad, lo que, en cambio, sí da lugar al establecimiento de valores distintos, en cada caso para las concesiones, según lo establecido en el anexo número 4 del pliego de condiciones.

Este mecanismo de evaluación no parece constituir una regla objetiva, justa, clara y completa, en los términos de la norma citada, y por tanto, podría violar el principio de transparencia.

En relación con los tres numerales del pliego a que se ha hecho referencia (10.2.1., 7.2.2.1 y 7.2.2.2), es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el último inciso del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según el cual “serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral...”.

Es necesario advertir, sin embargo, que la violación del principio de transparencia, en los casos en que impiden la escogencia objetiva, también puede dar lugar a la declaratoria de desierta de la licitación, de conformidad con el artículo 25, numeral 18, de la ley 80 de 1993.

3. Ineficacia de una disposición del pliego de condiciones:

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en sesión extraordinaria del 17 de octubre de 1998, decidió unificar la calificación correspondiente a los factores previstos en los numerales 11.1. y 11.2 del pliego de condiciones, asignando a todos los proponentes el máximo puntaje en el factor de canales ofrecidos y en el de producción propia.

Esta decisión se tomó teniendo en cuenta la relatividad del concepto de cultura, que trajo como consecuencia desigualdades injustas entre los diferentes proponentes.

Posiblemente, la decisión de la junta directiva viola lo dispuesto en el último inciso del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, antes citado, ya que si se concluyó que los numerales 11.1 y 11.2 del pliego establecían condiciones no objetivas de escogencia, debió considerárseles, en principio, ineficaces de pleno derecho y, por tanto, no debió asignarse ninguna calificación a los proponentes por dichos factores.

4. Criterios para la definición de situaciones de empate absoluto:

De acuerdo con lo previsto en el último inciso del numeral 3.1.14 del pliego de condiciones, en caso de presentarse un empate absoluto entre dos o más propuestas, la adjudicación se hará al proponente que hubiere presentado su oferta en primer lugar.

En principio, esta disposición no prevé un criterio objetivo para la selección del concesionario, en los términos del artículo 24, numeral 5 literal b, de la ley 80 de 1993. En efecto, el citado mecanismo no constituye una regla objetiva ni justa que permita asegurar la escogencia en los términos de la norma citada.

Por lo anterior y teniendo en cuenta lo dispuesto en el último inciso del mencionado numeral, esta disposición podría resultar ineficaz de pleno derecho y, en caso de empate absoluto, dar lugar a la declaratoria de desierta de la licitación.

5. Consecuencia de la declaratoria de desierta de la licitación:

El pliego de condiciones establece en su numeral 3.1.16 que la Comisión Nacional de Televisión podrá declarar desierta la licitación en el evento previsto en el numeral 18 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, con respecto a determinadas concesiones zonales, distritales o municipales, y que, en ese caso, se procederá a la contratación directa.

Esta disposición podría ser violatoria de las normas generales que rigen la contratación administrativa y de la norma especial contenida en el artículo 42 de la Ley 182 de 1995. En efecto, de acuerdo con el decreto 855 de 1994, reglamentario de la ley 80 de 1993, se puede acudir a la contratación directa, después de una declaratoria de desierta de la licitación, cuando esta ha ocurrido porque no se ha presentado propuesta alguna, porque ninguna propuesta se ajusta al pliego o, en general, cuando falte voluntad de participación (artículo 12) más no cuando la misma ha tenido por causa la previsión, en el pliego de condiciones, de normas o criterios de selección que impidan la escogencia objetiva, evento previsto en el numeral 18 del artículo 25 de la ley 80 de 1993. Lo anterior resulta lógico si se tiene en cuenta que este último caso de declaratoria de desierta de la licitación se produce por causa imputable a la misma entidad.

Por otra parte, el artículo 42 de la ley 182 de 1995, norma especial aplicable al presente caso, dispone que “Las concesiones para la prestación del

servicio de televisión por suscripción, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada, serán otorgadas por la Comisión Nacional de Televisión mediante procedimiento de licitación pública". No establece ningún evento de contratación directa.

Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, solicito a ustedes tomar las medidas que consideren conducentes para ajustar el procedimiento licitatorio a la Constitución y la ley y garantizar la adjudicación en condiciones de objetividad, asegurando el cumplimiento de los principios de legalidad, transparencia y economía que deben regir la contratación estatal.

8.9. El director de la Comisión Nacional de Televisión, expidió la resolución n.º 970 del 5 de noviembre de 1998, por medio de la cual resolvió declarar desierta la licitación pública n.º 001 de 1998, ordenó notificar personalmente a cada uno de los proponentes y la devolución por tesorería de los dineros cancelados por aquellos, por concepto del valor de los pliegos de condiciones de la licitación. En los considerandos del acto administrativo, luego de hacer un breve resumen del trámite adelantado en el procedimiento de selección, relató que el 4 de noviembre de 1998 se reunió la junta directiva de la entidad para analizar el informe presentado por el comité evaluador mediante el cual se dio respuesta a las observaciones de los proponentes a la calificación de las ofertas y que estando en esa tarea, llegó comunicación del procurador general de la Nación, la cual se transcribe textualmente en el acto administrativo. Y “[q]ue la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta lo expuesto por la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de su función de vigilancia preventiva, donde se advierten algunas posibles irregularidades cometidas en desarrollo de este proceso licitatorio”, resuelve declarar desierta la licitación. El acto administrativo fue notificado personalmente al representante legal de True Vision of Television S.A., el 12 de noviembre de 1998 (f. 12, 637 y 648, c. 2).

8.10. El 5 de noviembre de 1998, se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación de la licitación 001 de 1998, en la cual el director de la CNTV procedió a dar lectura a la resolución 970 de la misma fecha por medio de la cual se declaró desierta la licitación, informando a los asistentes que esa fue la decisión adoptada por la junta directiva (f. 651, c. 2).

8.11. El representante legal de True Vision of Television S.A. se notificó personalmente de la resolución 970 del 5 de noviembre de 1998 el día 12 de noviembre del mismo año y contra dicho acto no interpuso recurso alguno (certificación de la secretaria general de la Comisión Nacional de Televisión expedida el 24 de mayo de 1999, f. 820, c. 2).

Problema jurídico:

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de la apelación, le corresponde a la Sala establecer si el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública 001 de 1998 adelantada por la Comisión Nacional de Televisión está viciado de nulidad como lo planteó la parte actora y si en consecuencia procede la indemnización de perjuicios que reclama en la demanda.

Cuestión previa:

10. Al emprender el estudio del presente asunto, la Sala considera que no puede dejar pasar por alto una afirmación efectuada por el *a-quo*, sin referirse a la misma. El Tribunal Administrativo, al analizar la oportunidad de presentación de la demanda como uno de los presupuestos procesales que se deben verificar para la correcta iniciación y trámite del respectivo proceso, concluyó que la misma fue presentada en tiempo, porque estaba dentro de los 4 meses de caducidad de la acción, afirmación esta última, que no resulta acertada, como se explica a continuación.

11. El presente proceso fue iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del acto administrativo por medio del cual se declaró desierta la licitación pública 001 de 1998, esto es, la resolución n.º 0970 del 5 de noviembre de 1998, expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

12. El artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, establecía que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducaba al cabo de 4 meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o

ejecución del acto, según el caso, a menos que la demandante fuera una entidad pública, caso en el cual dicho término sería de 2 años.

13. La norma no hacía distinción alguna en relación con los actos administrativos proferidos en virtud de la actividad contractual adelantada por las entidades estatales, pero los parágrafos 1º y 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación de la administración pública, se refirió al tema, en los siguientes términos:

Art. 77. (...)

Parágrafo 1º.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2º.- Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.

14. No obstante, para la época de presentación de la demanda -18 de diciembre de 1998-, ya había entrado a regir la Ley 446 del 7 de julio de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, estableciendo en su inciso 2º:

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

15. De acuerdo con lo anterior, la actividad administrativa adelantada por las entidades estatales en la etapa de preparación del contrato, como es la de selección de los

contratistas, y que se ve reflejada en los actos administrativos que ellas profieren para tomar sus decisiones, es controlada mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de la finalidad perseguida con la demanda, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia:

Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.

Un correcto entendimiento del alcance de la expresión “según el caso”, ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa.

No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción.

Así, el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos –generales o particulares- que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

Y esa regla no sufrió variación en el inciso segundo que se adicionó al artículo 87 del C.C.A., para establecer las acciones a través de las cuales es posible el enjuiciamiento de los actos precontractuales. Es decir el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones, según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación⁷.

16. De esta manera, el acto administrativo mediante el cual se declara desierta una licitación pública, es pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por quienes participaron en el proceso de selección respectivo, tal y como sucedió en el *sub-lite*. No obstante, de acuerdo con lo establecido por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, el término de caducidad de la acción era de 30 días⁸ a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo y no de 4 meses, como sostuvo el *a-quo*.

17. En el presente caso, la resolución n.º 970 del 5 de noviembre de 1998 fue notificada a la sociedad True Vision of Television el 12 de noviembre del mismo año –ver párrafo 8.11-, lo cual evidencia que la demanda fue presentada dentro de los 30 días hábiles de que habla la ley, es decir que fue oportuna.

IV. Análisis de la Sala

Régimen legal de la licitación

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Se entiende que el referido término legal hace alusión a días hábiles, en tanto la norma no dispuso otra cosa, de conformidad con lo establecido por el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913, C.R.P.M.: “ARTICULO 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

18. La licitación pública 001 de 1998, fue abierta por la Comisión Nacional de Televisión para el otorgamiento de los contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción en el nivel zonal, municipal y distrital. En consecuencia, estaba regida por las normas de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 182 de 1995⁹, en la cual se establece que las concesiones de televisión por suscripción deberán otorgarse de modo tal que promuevan la eficiencia, la libre iniciativa, la competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones (artículo 41); a través de licitación pública (artículo 42), cuyos requisitos son definidos por la Comisión (artículo 43). El artículo 48 de esta ley, establece que la escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública y la adjudicación se hará en audiencia pública, que de ninguna manera la concesión se hará por subasta pública y para tales efectos, la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes disposiciones especiales, sin perjuicio de las que ordene incluir en los correspondientes pliegos de condiciones:

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;

b) Los criterios que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, serán los evaluados en el registro de proponentes y la calidad del diseño técnico, la capacidad de inversión para desarrollo del mismo, la capacidad de cubrir áreas no

⁹ Del 20 de enero de 1995, "Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones".

servidas, el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio, entre otros.

Solamente serán elegibles aquellos proponentes que cumplan estrictamente con las exigencias establecidas para el diseño técnico, de conformidad con los pliegos de condiciones y que demuestren de manera satisfactoria una capacidad económica suficiente para cumplir con el plan de inversión correspondiente (...)

19. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 182 de 1995, que fijó las funciones a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, fijó en el literal e) la de “*Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos*”, en cumplimiento de la cual la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión profirió el Acuerdo n.º 014 del 20 de marzo de 1997¹⁰, cuyo artículo 34 dispuso:

Artículo 34. Proceso licitatorio. La Comisión Nacional de Televisión adoptará el proceso licitatorio que para el efecto determine la Junta Directiva o en su defecto, el establecido en la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan en todo aquello que sea pertinente.

La decisión de declarar desierta la licitación

20. Una manifestación de los principios de eficacia y economía que informan la contratación estatal¹¹, está dada por el carácter compulsorio de los procedimientos de

¹⁰ “*Por medio del cual se reglamenta el servicio de televisión por suscripción, se adopta el Plan de Promoción y Normalización de dicho servicio y se dictan otras disposiciones*” http://www.antv.gov.co/normatividad/acuerdos/1997/acuerdo_014.pdf.

¹¹ El artículo 209 de la Constitución Política consagra los principios de la función administrativa: igualdad, moralidad, economía y eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad; por su parte, la Ley 80 de 1993 en su artículo 23, establece los principios con arreglo a los cuales deben adelantarse las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal: transparencia, economía y responsabilidad, así como los postulados que rigen la función administrativa, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la

selección de contratistas, en cuanto están diseñados para que culminen con la efectiva escogencia del proponente con quien la entidad procederá a celebrar el respectivo contrato, mediante la selección objetiva de la oferta más favorable. Esa es la finalidad de dichos procedimientos y por lo tanto, su resultado normal es la expedición del acto administrativo de adjudicación con el cual terminan. Como lo ha manifestado la jurisprudencia: *“La regla de la adjudicación compulsoria¹² obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable”¹³.*

21. Se trata entonces de que todo el esfuerzo invertido en la planeación y preparación del futuro contrato, tanto por las entidades licitantes como por los particulares proponentes, la inversión de tiempo y recursos que implica para aquella adelantar un procedimiento de selección de contratistas y para éstos, preparar las ofertas que se presentarán al mismo, se vean recompensados con la final decisión de la persona o personas a quienes la entidad estatal les adjudicará el respectivo contrato.

contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. El artículo 25 de la Ley 80 desarrolla el principio de economía, estableciendo una serie de disposiciones que apuntan a obtener los mejores resultados contractuales con la mínima inversión de tiempo, recursos y esfuerzos; en su numeral 1º ordena que en las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se deben establecer los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, mediante la fijación de términos preclusivos y perentorios y el impulso oficioso del procedimiento. Respecto del principio de eficacia, *“(…) el mismo propende por que todas las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas, obtengan la finalidad para la cual se otorgó la competencia y se autorizó la actividad, es decir, que se logren los fines estatales a través de las decisiones y procedimientos que adelanten las autoridades; esto, por cuanto como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “(…) la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos (…)”.* Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de julio de 2014, expediente 11001-03-15-000-2011-01127-00(CA), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² [6] *“La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993)”.*

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, expediente 15235, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

22. No obstante, tales procedimientos están sujetos a que en ellos se haga una selección objetiva, la cual era descrita por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹⁴ como aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, definiendo como ofrecimiento más favorable, aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación

¹⁴ El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, fue derogado por la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 5º estableció: “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, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: // 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. // 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. // 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. // 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. // En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. // Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.*

Parágrafo 2º. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”.

precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

23. La mencionada norma –vigente para la época de expedición del acto acusado– indica también, que el administrador deberá efectuar las comparaciones del caso, mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

24. De acuerdo con lo anterior, si bien los procedimientos de selección deben culminar normalmente con el acto de adjudicación, ello será así en la medida en que la misma obedezca a una selección objetiva, en los términos descritos por la ley. Sólo en la medida en que ésta sea posible, resulta admisible adjudicar el contrato a quien presentó la oferta más favorable para la entidad.

25. El carácter compulsorio del procedimiento de selección aunado a este requisito *sine qua non* para la escogencia del contratista, hizo que el legislador consagrara, como única causal para declarar desierta la licitación pública, precisamente la imposibilidad de llevar a cabo una selección objetiva. Así lo dispuso el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que desarrolla el principio de economía:

Art. 25.- En virtud de este principio:

(...)

18. La declaratoria de desierta de la licitación [o concurso]¹⁵ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

¹⁵ Esta expresión fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

26. La demandante adujo que el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública 001 de 1998 fue ilegal, porque carecía de causa, no estuvo motivado y se fundó en un concepto del procurador general de la Nación que fue extemporáneo, pues no se presentó dentro de la oportunidad para hacer observaciones a la evaluación de las ofertas, por lo que se violó el derecho de igualdad y debido proceso; que el concepto del procurador no era obligatorio y la entidad no verificó si eran ciertas sus afirmaciones sobre irregularidades en el proceso de selección y si ellas impedían una selección objetiva, que era la única causal que permitía tomar tal decisión. Sostuvo que ese acto ilegal le irrogó perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, cuya indemnización reclama, pues su oferta fue la mejor y debió ser favorecida con la adjudicación.

27. Al respecto, observa la Sala que la resolución 970 de 1998 de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, transcribió íntegramente la comunicación del jefe del Ministerio Público, en la que éste le informa que se ha abierto indagación preliminar por parte de la procuraduría delegada para la contratación estatal, con ocasión de las posibles irregularidades detectadas en el proceso licitatorio, las cuales procede a poner en conocimiento de la entidad –ver párrafo 8.8-. A continuación, la CNTV manifestó en el acto administrativo *“que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, teniendo en cuenta lo expuesto por la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento de su función de vigilancia preventiva, donde se advierten algunas posibles irregularidades cometidas en desarrollo de este proceso licitatorio”*, resuelve declararlo desierto.

28. De acuerdo con lo anterior, la motivación del acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública, se limitó a los planteamientos efectuados por el procurador general de la Nación, es decir que la entidad los hizo suyos, aunque sin entrar a analizarlos y corroborarlos por su propia cuenta.

29. La anterior actuación de la entidad licitante resulta reprochable, en cuanto el ordenamiento jurídico exige que los actos administrativos que afecten situaciones

jurídicas particulares deben estar debidamente motivados¹⁶, lo cual implica que las razones de hecho y de derecho expresadas como sustento de la decisión, deben coincidir con la realidad fáctica sobre la cual ésta recae, por lo que le correspondía a la CNTV la verificación de las observaciones que efectuó el Ministerio Público al proceso licitatorio, para establecer la procedencia o improcedencia de la adjudicación.

30. No obstante, partiendo de la base de que en el acto administrativo demandado constan cargos concretos sobre el procedimiento licitatorio que fueron evidenciados por la Procuraduría General de la Nación y adoptados como fundamentación de su decisión por la entidad demandada, en la medida en que en esta instancia judicial se compruebe la existencia de alguno de los defectos manifestados por el jefe del Ministerio Público que impidiera la selección objetiva de los concesionarios, dicha circunstancia será suficiente para sostener la legalidad del acto administrativo demandado.

Las funciones preventivas de la Procuraduría General de la Nación

31. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 117 y 118 de la Constitución Política, el Ministerio Público, ejercido por el procurador general de la Nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales, es un órgano de control al que le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. Su supremo director es el procurador general de la Nación, que tiene funciones tanto disciplinarias como preventivas, que le han sido atribuidas por la Constitución Política –art. 277-, como son las de i) vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, ii) defender los intereses de la sociedad y los intereses colectivos, iii) velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, iv) ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones

¹⁶ El artículo 35 del CCA, vigente para la época de los hechos, establecía, en relación con la adopción de decisiones por las autoridades administrativas, que *“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares (...)”*. El actual CPACA, en su artículo 42 reitera esta disposición, aunque ampliando su espectro, en los siguientes términos: *“Art. 42.- Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada (...)”*.

públicas, v) exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria y –se destaca- vi) intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

32. Para el cumplimiento de sus funciones, a la Procuraduría General de la Nación le corresponde adelantar labores de vigilancia y prevención y no puede limitarse a esperar a que los intereses y derechos que por disposición constitucional debe defender, sean efectivamente vulnerados para proceder a tomar en ese momento posterior, las medidas represivas y sancionatorias de la conducta de los funcionarios públicos sometidos a su control disciplinario, razón por la cual, ante cualquier queja o denuncia sobre una posible vulneración del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, la entidad está llamada a iniciar las investigaciones correspondientes, lo que le permitirá en muchas ocasiones, advertir la existencia de procedimientos o actuaciones que amenacen los intereses y derechos sobre los que le corresponde velar (artículos 10 y 11 de la Ley 201 de 1995¹⁷). Al respecto, como ha dicho la Sala:

15.1.4. Los componentes preventivos de la función del Ministerio Público van más allá de la intervención o de la vigilancia para sancionar a los funcionarios públicos por las conductas que puedan ir en contra del orden jurídico, para establecer mecanismos mediante los cuales se puedan evitar estas conductas, así como disuadir a quienes pueden incurrir en ellas, y alertar a las demás autoridades competentes sobre el riesgo de su ocurrencia. En términos de la doctrina¹⁸:

(...) prevenir integralmente es promover e impulsar un conjunto de acciones tendientes a evitar la ocurrencia de un hecho, a partir de la elaboración y aplicación de investigaciones y alertas pertinentes. Esta noción comporta propósitos tales como el fortalecimiento de las políticas públicas, la vigilancia permanente de la actividad del Estado y,

¹⁷ Del 28 de julio de 1995, “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial n.º 41 950 del 2 de agosto de 1995.

¹⁸ [9] “David Roll Vélez y otros, Sistema integral de prevención. La función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2007, págs 28-29”.

de ser el caso, la imposición de sanciones disciplinarias. El resultado de todo ello es el crecimiento social en términos democráticos y la consecuente legitimación institucional por vía del fortalecimiento de los canales de comunicación de la sociedad y el Estado¹⁹.

33. Si bien en ejercicio de esa labor preventiva el procurador general de la Nación no puede proceder a suspender actos o procesos administrativos como son los de selección de contratistas en materia de contratación, está en el deber de efectuar las alertas necesarias respecto de las irregularidades que, en el cumplimiento de sus funciones, logre detectar, para que la administración sea quien tome las medidas correctivas que considere pertinentes²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de diciembre de 2012, expediente 27976, C.P. Danilo Rojas Betancourth (E).

²⁰ Actualmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 160 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, el procurador general de la Nación puede pedir a las entidades estatales la suspensión de procedimientos, actos o contratos si se dan las condiciones descritas en la norma: *“Artículo 160. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero Distrital.”* Como lo explicó la Corte Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad de la norma en sentencia C-977 del 13 de noviembre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: *“También la interpretación de la finalidad subjetiva del Procurador General de la Nación al presentar el proyecto de ley, permite concluir que la referida medida de solicitud de suspensión pretende desarrollar las funciones preventivas del Ministerio Público. Al atender las inquietudes formuladas frente al surgimiento de un Jefe del Ministerio Público “omnipotente” respecto de la contratación estatal, se advirtió que lo que persigue es desarrollar el control preventivo de la Procuraduría General de la Nación y aplicarlo a la lucha contra la corrupción. // “La Procuraduría General de la Nación y los órganos de control, no pueden seguir en el plan represivo de esperar a que sucedan los hechos para llegar a levantar el acta de descripción de los desmanes contra la administración pública y a imponer unas sanciones que, vuelvo a repetirlo, resultan realmente ridículas frente a ese aspecto. // Lo que hay que hacer es una Procuraduría preventiva; que la Procuraduría en los grandes procesos de licitación a nivel municipal, a nivel departamental, a nivel nacional, sea informada por la administración; y entrar a vigilar ni hacer control previo, ni avalar la función de la administración pública sino a ejercer una vigilancia superior que está definida constitucionalmente; y ejercer una vigilancia y hacer las observaciones del caso.”// “(...) la queja es que los órganos de control están llegando a los desmanes de la administración pública y a las infracciones a todos los deberes, a todos los daños que se le ocasionan al Estado colombiano por parte de los servidores públicos, en forma tardía, cuando ya no hay nada que hacer. // Es decir, que en una entidad de control de vigilancia superior, que tiene que estar mirando la actuación de la administración pública y no llegar posteriormente, cuando ya esa administración pública ha actuado no solamente en el proceso de contratación de apertura, de licitación y de adjudicación, etc., sino en la ejecución de los contratos, también tiene que*

34. Por lo anterior, la Sala no comparte el criterio de la parte actora, en cuanto a la extemporaneidad del concepto del procurador general de la Nación en la licitación pública 001 de 1998, puesto que su intervención no puede asimilarse a la de un proponente o tercero interesado, sino al exacto ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, que le permiten conocer los procesos y actuaciones que se adelantan al interior de las entidades estatales, cuando ha habido de por medio una denuncia o solicitud basadas en posibles ilegalidades e irregularidades que pueden atentar contra el orden jurídico y el patrimonio público.

35. Sobre la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación, ha dicho la Corte Constitucional:

4. Funciones preventivas del Procurador y su importancia para defender el interés colectivo de la moralidad administrativa

De los debates legislativos es posible concluir que la medida provisional de solicitud de suspensión de los procedimientos administrativos, actos y contratos, o de su ejecución, durante la investigación disciplinaria es un instrumento concebido específicamente para fortalecer al Procurador General de la Nación y al Personero de Bogotá en la lucha contra la corrupción y evitar oportunamente los devastadores efectos que ella tiene para el país.

(...)

Para lograr el objetivo de fortalecer al Estado, particularmente a la Procuraduría y a la Personería Distrital de Bogotá, con la atribución de nuevas facultades para la lucha contra la corrupción administrativa, el Congreso consagró la medida preventiva objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad. Ello con fundamento tanto en la posibilidad de que la ley

intervenir el poder preventivo de establecer una vigilancia.”// El anterior sentido interpretativo viene a ser confirmado por la finalidad objetiva de la norma acusada. Su telos queda expresado en ella en la forma de una doble finalidad: la medida provisional de solicitar la suspensión se ejerce “para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios ...”. En tal sentido, la finalidad objetiva de la norma es permitir que el Procurador General o el Personero de Bogotá soliciten que se neutralicen las consecuencias que se desencadenarían de continuar los procedimientos administrativos, actos y contratos sobre los que pesan indicios suficientes que permitan inferir la lesión del ordenamiento jurídico o el detrimento del patrimonio público”.

le asigne al Procurador General de la Nación funciones adicionales a las enunciadas en la Carta (artículo 277 numeral 10) como en el numeral 7 del citado artículo de la Constitución que confía al Jefe del Ministerio Público la función constitucional de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (Se subraya). Es así como el artículo 160 del Código Disciplinario Único busca desarrollar y concretar la mencionada intervención del Procurador ante las autoridades administrativas con miras a defender el orden jurídico y el patrimonio público, entre otros, dentro de una visión de la Procuraduría que valora especialmente sus funciones preventivas.²¹

En efecto, ejercer preferentemente el poder disciplinario como concreción de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas es tan sólo una de las múltiples atribuciones que la propia Constitución confía al Procurador General de la Nación para que éste las cumpla, “por sí o por medio de sus delegados y agentes” (artículo 277 numeral 6).

Además, de esta atribución que conduce a la imposición de sanciones disciplinarias, la Procuraduría General de la Nación tiene funciones de naturaleza preventiva, no sancionatoria. La misión preventiva de la Procuraduría encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales. Es así como, por ejemplo, para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (artículo 277 numeral 1, C.P.), el Procurador puede exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria (artículo 277 numeral 9, C.P.).

También puede “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas” cuando se reúnan las condiciones señaladas en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta. Dentro de éstas resultan especialmente relevantes para analizar la constitucionalidad de la norma acusada la necesidad de defender tanto “el orden jurídico” como “el patrimonio público”. Ello guarda consonancia con la función de “defender los intereses colectivos” (artículo 277 numeral 4 C.P.) tales como los enunciados en el artículo 88 de la Constitución entre los cuales se destacan los relacionados “con el patrimonio” y “la moralidad administrativa”, así como con la función de “velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas” (artículo 277 numeral 5 C.P.), funciones éstas que deben estar “al servicio de los

²¹ [15] “Reza el numeral 2 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000: “ARTÍCULO 7• ◀. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: ... || 2. Formular las políticas generales y criterios de intervención del Ministerio Público en materia de control disciplinario, vigilancia superior con fines preventivos, actuación ante las autoridades administrativas y judiciales y centros de conciliación, y promoción, protección y defensa de los derechos humanos.” (Se subraya)”.

intereses generales”, no de intereses particulares o privados, y que deben desarrollarse “con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” por mandato expreso del artículo 209 de la Carta.

Claramente el Constituyente no pretendió hacer una enumeración taxativa de las funciones de la Procuraduría, puesto que facultó al legislador para determinar otras atribuciones compatibles con la posición institucional y la misión constitucional del Ministerio Público (artículo 277 numeral 10 C.P.).

Adicionalmente, de los antecedentes constitucionales queda claro que para el Constituyente las funciones otorgadas al Procurador General de la Nación también tienen un carácter preventivo²², toda vez que se dirijan a vigilar la conducta de los funcionarios públicos y el cumplimiento del ordenamiento jurídico, a velar por un ejercicio eficiente y diligente de sus funciones administrativas, a intervenir ante ellos en caso de necesidad de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Es decir, se quiso dar a la Procuraduría el carácter pleno de órgano de control y de vigilancia con herramientas suficientes para actuar de manera oportuna y eficaz, todo ello sin invadir la órbita de competencia de otros órganos²³.

36. Por otra parte, se advierte que en el presente caso, lo enviado por el jefe del ministerio público a la Comisión Nacional de Televisión, no fue un *concepto* que no resultaba obligatorio para la entidad, sino el anuncio de la apertura de una investigación disciplinaria, con fundamento en las posibles irregularidades detectadas en el procedimiento de selección, las cuales le informó a la entidad, para que ésta tomara las medidas que considerara pertinentes, resolviendo la CNTV, que frente a la magnitud de

²² [16] “La discusión en torno al numeral 7 del artículo 277 C.P. versó sobre si la intervención en cuestión debía darse siempre, es decir, en todo proceso, o si sólo debía tener lugar cuando fuere necesario. Como surge de manera obvia de la redacción final del texto, se prefirió que el Procurador sólo interviniera cuando ello fuere necesario. Para evitar que tal facultad pareciera discrecional, se evitó que el texto dijera “cuando el Procurador lo considere necesario” y se introdujo la expresión “cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, etc. Así, dejando en claro que no intervendría en todos los procesos que ante las autoridades administrativas o judiciales se adelantaran, se añadió que por las mismas razones que tal intervención resultaba necesaria, intervendría el Procurador ante las mismas autoridades, aun en ausencia de todo proceso. En la discusión se mencionó que una intervención de este tipo tenía, a pesar de no ser permanente, un carácter preventivo (Se subraya). Ver Actas de la Asamblea Nacional Constituyente correspondientes a la discusión del día 22 de abril de 1991, en: *Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes de los artículos 272-277, págs. 34 ss.*”

²³ Corte Constitucional, sentencia C-977 del 13 de noviembre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

las descritas en la comunicación del órgano de control, lo procedente era declarar desierta la licitación.

37. De conformidad con lo expuesto, para la Sala es válido que la entidad estatal demandada, haya resuelto acoger las observaciones de la Procuraduría General de la Nación y aducirlas como motivación de la decisión de declarar desierta la licitación pública 001 de 1998, por lo que resulta procedente analizar en el *sub-lite*, si se configuró alguna de las irregularidades advertidas por la entidad de control y si la misma se traducía en la imposibilidad de llevar a cabo una selección objetiva, caso en el cual resultaba procedente declarar desierto el procedimiento de selección.

La modificación ilegal del pliego de condiciones

38. Entre las irregularidades advertidas por el jefe del Ministerio Público en la licitación pública 001 de 1998, considera la Sala que se probó una circunstancia que reviste gravedad y que impedía llevar a cabo una selección objetiva, configurándose así la causal que justificó declarar desierta la licitación. Se trata de la ilegal modificación del pliego de condiciones que de hecho llevó a cabo la entidad, cuando ya la licitación se había cerrado y procedía la evaluación y calificación de las ofertas. En el escrito de la Procuraduría, se dijo –párrafo 8.8, numeral 3-:

3. Ineficacia de una disposición del pliego de condiciones:

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en sesión extraordinaria del 17 de octubre de 1998, decidió unificar la calificación correspondiente a los factores previstos en los numerales 11.1. y 11.2 del pliego de condiciones, asignando a todos los proponentes el máximo puntaje en el factor de canales ofrecidos y en el de producción propia.

Esta decisión se tomó teniendo en cuenta la relatividad del concepto de cultura, que trajo como consecuencia desigualdades injustas entre los diferentes proponentes.

Posiblemente, la decisión de la junta directiva viola lo dispuesto en el último inciso del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, antes citado, ya que si se concluyó que los numerales 11.1 y 11.2 del pliego establecían condiciones no objetivas de escogencia, debió considerárseles, en principio, ineficaces de pleno derecho y, por tanto, no debió asignarse ninguna calificación a los proponentes por dichos factores.

39. La Sala no halló en el expediente el acta de la sesión extraordinaria del 17 de octubre de 1998, pero obran otras pruebas que acreditan que la entidad, efectivamente, modificó en forma ilegal el capítulo de calificación de las ofertas del pliego de condiciones, como se explica a continuación.

40. En el pliego se consignó que el parámetro *Propuesta de Programación*, tenía el más alto peso en la ponderación de los factores de calificación, pues le correspondía el 30% del total del puntaje a otorgar, frente a los demás: factor financiero le correspondía el 20%, al técnico el 20%, a la experiencia y profesionalismo el 15% y a la estructura organizacional el 15% –ver párrafo 8.2.3-.

41. También dispuso el pliego de condiciones, la ponderación del factor *Propuesta de Programación*, estableciendo que de un puntaje máximo de 1000, se calificaría i) con 250 puntos al proponente que ofreciera el mayor número de canales y proporcional a los demás, ii) con 500 puntos el proponente que ofreciera el mayor porcentaje de canales culturales y proporcional a los demás, iii) con un puntaje máximo de 125 puntos “*el concepto y el cumplimiento de los fines y principios establecidos por la Ley 182 de 1995 para el servicio público de televisión*” respecto de la producción propia ofrecida y iv) con máximo 125 puntos, al mayor número de horas diarias de transmisión de producción propia ofrecidas, y proporcional a los demás –párrafo 8.2.4-.

42. A pesar de la importancia que dentro del puntaje total de las ofertas representaba este factor de calificación, consta que la entidad, una vez cerrada la licitación y abiertas y conocidas todas las ofertas presentadas, decidió que el factor enumerado con el ii) en el anterior párrafo -esto es, el correspondiente a la propuesta que ofreciera el mayor porcentaje de canales culturales-, sería calificado con el máximo puntaje en todas las ofertas, independientemente de lo que hubieran propuesto al respecto. Esta

modificación fue objeto de controversia por varios de los proponentes, tal y como se pudo constatar, pues consideraron que atentaba contra la correcta evaluación de sus ofertas, ya que por haber ofrecido más canales de esa naturaleza que otros proponentes, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, debían obtener un mayor puntaje que ellos en ese factor de calificación; o porque se les había otorgado el máximo puntaje, a ofertas que no lo merecían –ver párrafo 8.3-.

43. Se evidencia entonces, que efectivamente, la entidad consideró que tal y como estaba redactado el pliego en ese factor de calificación, impedía seleccionar objetivamente la mejor oferta y para solucionar este defecto, que le es imputable pues fue quien lo elaboró, decidió modificarlo ilegalmente, una vez cerrada la licitación, cuando ya el mismo se había tornado intangible y en virtud del principio de transparencia resultaba improcedente cualquier cambio en el mismo. Esa actuación, sin lugar a dudas, impedía la selección objetiva de la oferta más favorable.

44. Al respecto, ha sido profusa, constante y pacífica la jurisprudencia de esta Sección, en cuanto a la naturaleza del pliego de condiciones, su obligatoriedad e intangibilidad, así como respecto de la carga de claridad y precisión que se deriva de su confección para la entidad. Es así como el pliego de condiciones, acto administrativo general que rige tanto el procedimiento de selección como el futuro contrato, es en principio inmodificable, con la sola excepción de las correcciones que, durante el periodo comprendido entre la apertura y el cierre de la licitación, puede introducirle la administración a través de adendas, con la finalidad de corregir expresiones confusas, contradictorias o ambiguas, a solicitud de los proponentes. No obstante, una vez cerrada la licitación e iniciada la etapa de evaluación y calificación de las ofertas, el pliego se torna absolutamente inmodificable, puesto que admitir que en este estadio del procedimiento pueda ser objeto de correcciones y variaciones, atenta contra el principio de transparencia que debe informar a estas actuaciones. Es por ello que se habla de la carga de claridad y precisión en su elaboración, porque en la medida en que hayan quedado mal diseñados, que contengan errores que afecten o impidan la selección objetiva, las consecuencias que de tal circunstancia se deriven, deberán ser soportadas por la entidad que lo elaboró, quien no podrá trasladarlas a los proponentes, ni enmendarlas mediante la modificación del pliego. Al respecto, ha dicho la Sala:

24. Resulta evidente la importancia que el pliego de condiciones reviste dentro del procedimiento de selección de contratistas, a tal grado que constituye su columna vertebral y de manera pacífica ha sido aceptada su naturaleza y relevancia por la jurisprudencia de la Sección, que lo ha calificado como acto administrativo constitutivo de la ley del procedimiento de selección y así mismo, ley del futuro contrato²⁴, en la medida en que determina no sólo las etapas y requisitos que se deben agotar y cumplir en las actuaciones adelantadas para la escogencia del contratista de la administración, sino los derechos y obligaciones que se derivarán para las partes del negocio jurídico objeto de la adjudicación, tornándose, una vez expedido por la entidad, en obligatorio no sólo para los oferentes sino para ella misma y por lo tanto resulta intangible, es decir inmodificable, salvo en aquellos casos en los que sea necesario efectuar la aclaración de puntos oscuros o ambiguos, que impidan una interpretación uniforme por los proponentes y ello sólo es posible, antes del cierre de la respectiva licitación o concurso, pues una vez éste se produce y se inicia la etapa de evaluación de las ofertas, la intangibilidad del pliego de condiciones se torna absoluta²⁵.

25. Esta última característica, hace que surja para la administración la carga de claridad y precisión²⁶, consistente en la asunción de las consecuencias que se deriven de la elaboración y redacción del pliego, de tal manera que de presentarse cláusulas contradictorias, ambiguas o confusas, las mismas deberán interpretarse en contra de la administración, que fue quien lo elaboró, teniendo en cuenta que previo a su confección, ha debido cumplir la

²⁴ [33] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; reiterada en sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se dijo: “(...) el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general (...), igualmente, una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría cierta suerte de ‘mutación’ en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado mismo”.

²⁵ [34] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo: El pliego de condiciones, “[c]omo acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad”.

²⁶ [35] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1999, expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández: “(...) que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección”. También se puede consultar sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

entidad con el deber de planeación que está inmerso en cualquier actividad contractual que adelante y que implica establecer con antelación a la apertura de los procesos de selección de contratistas, todos los elementos de juicio necesarios para la obtención de una contratación eficaz y eficiente.

(...)

26. Así mismo, la obligatoriedad del pliego de condiciones significa que quienes participen como oferentes en el procedimiento de selección respectivo, deben atenerse a sus disposiciones y dar cumplimiento a todos los requisitos y exigencias que en él se hagan, a tal punto que el apartamiento respecto de aspectos sustanciales, que hacen referencia al cumplimiento de requisitos legales o corresponden a asuntos indispensables para la comparación de las ofertas, entendida esta última en relación con el objeto y sus características, puede conducir a su rechazo.

(...)

28. Ahora bien, no se desconoce la complejidad que puede existir en el contenido de un pliego de condiciones, razón por la cual "(...) la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la administración de regular al detalle todas las circunstancias que se puedan presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación (...)”²⁷.

29. Sin embargo, esa interpretación del pliego de condiciones no puede llegar al extremo de modificar sus principales elementos, pues se corre el riesgo de atentar contra los principios que informan los procedimientos de selección de contratistas y de variar la finalidad específica de los mismos desvirtuando su razón de ser (...)”²⁸.

45. En el *sub-lite*, al responder las observaciones de los proponentes sobre este punto de la evaluación, la entidad afirmó que la decisión de otorgar a todos los proponentes el máximo puntaje -500- en el factor de *porcentaje de canales culturales*, obedeció “*al amplio concepto de Cultura referido al servicio de televisión (...), lo cual generó diversas interpretaciones entre los proponentes (...)*”, explicación que, a juicio de la Sala, no justificaba ni autorizaba a la administración para modificar de hecho el pliego de condiciones después del cierre de la licitación y para desconocer las exigencias efectuadas en el mismo, sobre todo tratándose de un aspecto tan neural y definitivo

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 12025, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente 29366, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

como lo es el capítulo de la evaluación de las ofertas, para determinar, a la hora de calificarlas, que se les otorgaría a todas el máximo puntaje en el factor *porcentaje de canales culturales*, independientemente de lo que al respecto hubieran ofrecido.

46. Máxime teniendo en cuenta que, durante el trámite de la licitación pública, tal y como se dispuso en el pliego de condiciones, existía una etapa que podía llevarse a cabo a solicitud de cualquiera de las personas que lo retiraron, consistente en una audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego –dentro de los 3 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de apertura de la licitación-, de la cual se levantaría un acta que contendría las preguntas elevadas por los interesados y las aclaraciones y respuestas dadas por la entidad y de la que podía surgir la expedición de las adendas necesarias, que le introdujeran modificaciones al pliego de condiciones; así mismo, se estableció en el pliego que la entidad de manera oficiosa, podía hacer las aclaraciones y modificaciones al mismo que considerara necesarias, hasta 3 días antes del cierre de la licitación (f. 705 y 706, c. 2). Y de acuerdo con lo que se consignó en la resolución 962 de 1998 –por la cual se prorrogó el plazo de adjudicación- y en la resolución de adjudicación n.º 970 del mismo año (f. 651 y 674, c. 2), dicha audiencia se llevó a cabo el 8 de julio de 1998, sin que obre prueba en el plenario de que en la misma se hubieran efectuado observaciones sobre la claridad o la interpretación del factor de calificación *porcentaje de canales culturales*.

47. Como lo manifestó la Sala en asunto similar, “*Tal actitud de la administración se tradujo (...) en una flagrante violación del pliego de condiciones, que como se anotó, constituía la ley del procedimiento de selección y del futuro contrato, acto administrativo de carácter general expedido por una entidad pública y que por lo mismo, para ese procedimiento específico de selección de contratistas, hace parte del ordenamiento jurídico rector de las actuaciones de los intervinientes –entidad y proponentes- en cuyo cumplimiento se halla comprometido el interés público*”²⁹.

48. A juicio de la Sala, la decisión de la entidad estatal de modificar, de hecho, los términos del pliego de condiciones, concretamente respecto de los factores de calificación y de proceder a evaluar las propuestas presentadas en la licitación pública

²⁹ *Ibíd.*

aplicando esa modificación ilegal, sin duda se tradujo en la imposibilidad de efectuar una selección objetiva, que por lo tanto justificaba la declaratoria de desierta de la licitación, lo que por otra parte, bueno es advertirlo, no relevaba a la entidad de su obligación de indemnizar los perjuicios que haya podido ocasionar con su actuación a todos los proponentes, al haber sido ella quien dio lugar a la frustración del proceso de selección. Sobre la intangibilidad del pliego de condiciones, ha dicho la jurisprudencia:

a) La carga de claridad y precisión en la elaboración de las reglas en los pliegos de condiciones y su obligatoriedad

El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación (No. 1º), y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos” (No. 3).

Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones

correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró.

Así las cosas, y una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Ello, claro está, sin perjuicio y distinto a que, como lo ha dicho la Sala: “a la entidad pública le cabe cierta discrecionalidad en la valoración y ponderación de las propuestas, toda vez que en muchas ocasiones ni el pliego de condiciones, ni las disposiciones legales pertinentes regulan la totalidad de los aspectos propios de una licitación pública”, y además a que se permita subsanar aspectos formales siempre que con esa conducta no se atente contra los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993.

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.

Vale decir, para no atentar y debilitar los principios y derechos al debido proceso administrativo y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 de la C.P.), así como los de planeación, transparencia, igualdad, publicidad, responsabilidad y el deber de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993 (artículos 24 No. 5 , 25 No. 1, y 2, 26 y 29), en los procesos de selección de la contratación estatal está vedado cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en la ley del mismo, o sea en el pliego de condiciones, y una vez precluída la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos, de manera unilateral, subrepticia y oculta, que tome por sorpresa a los participantes y genere incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Con ello, a la postre, se compromete la legalidad del proceso precontractual y la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación o concurso, según el caso, siempre y cuando constituya una irregularidad que incida sustancialmente en la selección objetiva de la mejor propuesta, esto es, en la escogencia de la oferta más favorable a la entidad de conformidad con la totalidad de los criterios que rigen el proceso

correspondiente y en atención a lo preceptuado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

La consideración expuesta hasta el momento, debe entenderse en forma independiente, a la facultad de interpretación del Pliego de Condiciones por parte de la Administración, que recae sobre la regla de juego o condición establecida, pero que en manera alguna significa la adición o modificación por esta vía de condiciones, o criterios o fórmulas de calificación inexistentes en el pliego para ser aplicados ulteriormente a la presentación de las propuestas.

En suma, si la facultad y autonomía que tienen las entidades estatales en la confección y elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia se encuentra limitada por los principios y normas de la Ley 80 de 1993, con mayor razón dentro del proceso de selección la actividad de evaluación y calificación se encuentra limitada y sujeta a lo que en desarrollo de ésta se haya incluido en los pliegos de condiciones como norma reguladora del proceso de selección, de donde emanan los derechos y obligaciones de la administración y de los participantes en él³⁰.

Extemporaneidad de la resolución 970 de 1998

49. A pesar que de acuerdo con las anteriores consideraciones se pudo constatar la procedencia de la decisión de la entidad demandada de declarar desierta la licitación pública 001 de 1998 por la imposibilidad real de efectuar una selección objetiva, la Sala encuentra que el acto administrativo que la contiene y que fue demandado, esto es, la resolución n.º 970 del 5 de noviembre de 1998, está viciada de nulidad por haber sido expedida en forma extemporánea.

50. En efecto, se observa que de acuerdo con el pliego de condiciones, el plazo de la licitación, es decir el comprendido entre su apertura y cierre y que corresponde a aquel periodo dentro del cual los interesados deben presentar sus ofertas, correría entre el 3 y el 23 de julio de 1998 (f. 705 y 707, c. 2). No obstante, mediante resolución 494 del 10 de julio de 1998, el cierre de la licitación se fijó para el 3 de agosto del mismo año, fecha en la cual efectivamente se produjo (f. 1, c. 7, f. 705 y 707, c. 2). El pliego de condiciones –numeral 3.1.11- fijó como plazo para evaluar las ofertas, el de 20 días

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16 041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

calendario, siguientes a la fecha de cierre de la licitación, y podía ser prorrogado por el mismo plazo inicial (f. 717, c. 2). Mediante adenda al pliego de condiciones, se aumentó el término para la evaluación de las ofertas a 2 meses, contados desde la misma fecha, es decir, desde el cierre de la licitación³¹ (f. 686, c. 2) y por resolución n.º 802 del 2 de octubre de 1998, dicho término se prorrogó hasta el 16 del mismo mes y año (f. 674, c. 2). Se estableció que el informe de evaluación de las ofertas sería puesto a disposición de los oferentes dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del término de evaluación (numeral 3.1.12 del pliego de condiciones, f. 718, c. 2) y en cuanto al plazo para adjudicar la licitación, el numeral 3.1.13 del pliego de condiciones, estableció que *“Vencido el plazo para que los proponentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión adjudicará los contratos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes”*, aclarando que la entidad *“podrá prorrogar el plazo para la adjudicación de los contratos, antes de su vencimiento, por un término total no mayor a la mitad del inicialmente señalado para la adjudicación, cuando a su juicio lo considere necesario. Dentro del mismo término de adjudicación podrá declararse desierta la licitación, de conformidad con los términos previstos en el numeral 3.1.16 del presente pliego de condiciones”* (f. 718, c. 2).

51. Teniendo en cuenta que el plazo para que los proponentes presentaran observaciones al informe de evaluación de las ofertas empezó a correr el 19 de octubre –lunes- y que el mismo venció el 23 de octubre –viernes- de 1998, el plazo para la adjudicación -5 días calendario siguientes al anterior- transcurrieron entre el 26 –lunes- y el 30 –viernes- de octubre del mismo año. Como este plazo podía prorrogarse máximo por la mitad del inicialmente dispuesto en el pliego de condiciones, dicha prórroga sólo podía ser de 2 días y medio calendario, es decir, hasta el siguiente lunes al medio día, pero ese día fue festivo, por lo que debía correrse la contabilización del plazo hasta el martes, 3 de noviembre de 1998, como fecha límite para la adjudicación. Sin embargo, la entidad mediante resolución 962 del 30 de octubre de 1998³², prorrogó el plazo para

³¹ El cierre se produjo el 3 de agosto de 1998, por lo que los 2 meses vencerían el 3 de octubre del mismo año; pero dado que caía en día sábado, se entiende que se prolongaba hasta el siguiente día hábil, lunes 5 de octubre.

³² En relación con la Resolución 962 de 1998, se advierte que la misma no puede considerarse un acto administrativo como lo califica el recurrente (f. 289, c. ppl), sino que constituye un mero acto de trámite, en la medida en que no es el acto que decide de fondo el procedimiento, ni sería, por lo tanto, demandable ante esta jurisdicción, debiéndose recordar que no todos los actos que se profieren en la etapa previa a la celebración del contrato, pueden considerarse actos administrativos precontractuales, como lo ha manifestado la jurisprudencia. En este sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

la adjudicación hasta el día 5 de noviembre de ese año, fecha en la que fue expedida la resolución n.º 970 demandada.

52. De acuerdo con el anterior recuento cronológico, no cabe duda de que la decisión por medio de la cual se declaró desierta la licitación pública 001 de 1998 por parte de la Comisión Nacional de Televisión, sí se produjo por fuera del plazo máximo dentro del cual la misma podía ser proferida, de conformidad con lo dispuesto por la misma entidad licitante en el pliego de condiciones que elaboró para que rigiera el procedimiento de selección, el cual resultaba obligatorio no solo para los proponentes, sino para la misma administración, que de esta forma lo desconoció.

53. Ahora bien, se advierte que el hecho de haber sobrepasado el plazo máximo legalmente establecido en el pliego de condiciones para adjudicar, no justifica declarar desierta una licitación ni esa hubiera podido ser la razón para hacerlo, por cuanto se reitera, la única causal que permite esa decisión, es la imposibilidad de llevar a cabo una selección objetiva, lo cual nada tiene que ver con la oportunidad para decidir.

54. No obstante, dicha circunstancia, es decir la expedición del acto administrativo que pone fin a la licitación pública por fuera del término máximo legalmente establecido para ello, sí constituye un vicio que afecta su validez, por cuanto los plazos en los procedimientos de selección, por expresa disposición del legislador son preclusivos y perentorios y por lo tanto, de obligatorio acatamiento, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección:

*Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1º del artículo 25 del Estatuto Contractual, **perentorios y preclusivos**.*

***Perentorio**, significa “Decisivo o concluyente”³³; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:*

sentencias del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, C.P. Nora Cecilia Gómez Molina; del 21 de mayo de 2008, expediente 32148, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; del 19 de septiembre de 2007, expediente 26649, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 14 de febrero de 2012, expediente IJ-00036, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³³ [13] “OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, 2ª ed., 2002”.

“1. adj. Se dice del último plazo que se concede, o de la resolución final que se toma en cualquier asunto.

2. adj. Concluyente, decisivo, determinante.

3. adj. Urgente, apremiante”.

Y el **“término perentorio”**, significa *“El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó”.*

Por su parte, *preclusivo* significa, según el mismo diccionario, *“Que causa o determina preclusión”*; y a su vez, *preclusión*, es definido como *“Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”.*

Preclusión: Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquel (Couture). // Principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla (Couture). Esta segunda definición coincide con la de Chiovenda cuando afirma que el proceso avanza cerrando estadios precedentes y no puede retroceder³⁴.

“preclusión. Efecto del transcurso de los plazos y de la finalización de los términos consistente en hacer imposible o completamente ineficaces los actos correspondientes. (...)”³⁵(Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con las definiciones anotadas, para la Sala no queda duda alguna de que el legislador, al establecer que los términos o plazos de los procesos de selección de contratistas en materia de contratación estatal son perentorios y preclusivos, quiso imprimirles obligatoriedad, de tal manera que, el funcionario encargado de decidir si adjudica la licitación o concurso o los declara desiertos, debe actuar, expidiendo el respectivo acto administrativo, dentro del plazo expresamente establecido en el pliego de condiciones, o legalmente prorrogado, en los términos que la ley autoriza hacerlo, so pena de tomar una decisión viciada, por ilegal.

Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado:

“(...) no hay que olvidar que en todo proceso de selección para la celebración de un contrato con la administración pública, son de su esencia los términos dentro de los cuales éste se llevará a cabo. Si en algo deben ser claras las condiciones de contratación es en señalarle a los interesados el tiempo de que disponen para elaborar sus ofertas, el plazo que se tomará la entidad para estudiarlas y el término en que procederá a la adjudicación o declaratoria de desierta, al punto de que

³⁴ [14] “OSSORIO, op. Cit.”

³⁵ [15] “Diccionario Jurídico ESPASA, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001”.

si no se acatan, las consecuencias para uno u otro serán determinantes, tales como rechazar la propuesta por extemporánea o perder la facultad para adjudicar si no se hace en el tiempo previsto. De esta manera, el interés de los proponentes en una licitación debe persistir hasta que culmine el procedimiento con la selección del contratista o la deserción del mismo, razón de ser del señalamiento de los términos y de la vigencia de la garantía de seriedad, por ejemplo”³⁶.

Posteriormente, sostuvo³⁷:

“Si la administración llamó a concurso, a partir de ese instante quedó obligada a seleccionar la persona con quien celebraría el contrato (...).

(...) la decisión debía efectuarse en el término señalado en el pliego de condiciones. Dicho periodo tenía como propósito el de no mantener a los oferentes en una situación de indefinición a la espera de la voluntad de la administración. (...).

(...) el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse”.

Y en vigencia del anterior estatuto de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, en el que también se establecía el deber de la Administración de fijar el plazo de adjudicación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, manifestó la Sala³⁸:

*“Si vencido el término para la adjudicación del contrato estipulado en los términos de referencia la entidad demandada no la produjo y optó en cambio por devolver las propuestas de acuerdo con el art. 30 numeral 9) del decreto ley 222 de 1983, la administración obró en el entendido de que **de la observancia estricta de las reglas del concurso dependía el ejercicio regular de su competencia para celebrar el contrato, lo cual se ajusta a derecho si se tiene en cuenta que la administración tenía dentro del proceso del concurso una competencia reglada, porque una vez señaladas en el pliego las condiciones y normas de la licitación éste es ley para las partes y obligaba tanto a la administración como a los proponentes**”.* (Las negrillas son de la Sala).

Se advierte que la entidad está en el deber de fijar en el pliego de condiciones el plazo para la adjudicación de la licitación o concurso, que,

³⁶ [16] “Sentencia del 29 de enero de 1998. Expediente 10.405”.

³⁷ [17] “Sentencia del 21 de abril de 2004, Expediente 12.960”.

³⁸ [18] “Sentencia del 6 de noviembre de 1998. Expediente 10.832”.

conforme a lo dispuesto por el numeral 9º del artículo 30 de la Ley 80/93, es el mismo para declararlos desiertos; en esta forma, les brinda certeza a los participantes, sobre la fecha límite en la cual ella debe tomar la decisión que defina dicho proceso, bien sea mediante la adjudicación del contrato, o porque declare desierta la licitación, quedando únicamente la posibilidad legal, como ya se vio, de prorrogar dicho plazo antes de su vencimiento, y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado.

Observa la Sala que se trata de la inclusión de un principio de organización en el trámite de estos procedimientos administrativos de selección de los contratistas del Estado, tendiente a brindarles a los interesados participantes en los mismos, seguridad y certeza sobre los términos de dicho trámite, en el cual, por otra parte, las entidades no pueden obrar arbitrariamente, y al contrario, deben cumplir estrictamente las distintas etapas en que tales procedimientos se dividen.

El legislador bien hubiera podido guardar silencio sobre la obligatoriedad del término de adjudicación, y dejar que esta última quedara pendiente, en definitiva, únicamente del plazo máximo de mantenimiento de las ofertas, que se les exige garantizar a los proponentes, más allá del cual, sin lugar a dudas, éstas caducarían.

Y también pudo establecer tales plazos, pero sin calificarlos en forma especial, como lo hizo, dejando que fueran las normas generales que regulan las actuaciones administrativas, las que determinarían las consecuencias derivadas de su incumplimiento en la producción de los actos administrativos³⁹, normas que, frente al silencio en los procedimientos especiales, se aplican de manera supletiva.

Sin embargo, el legislador tuvo a bien establecer la **perentoriedad y preclusividad** del plazo fijado para decidir, adjudicando o declarando desierta la licitación o concurso, de modo que, para la Administración, resulta imperioso el cumplimiento de la ley en este extremo, para que su actuación sea válida.

Para la Sala, no es de recibo el argumento de la demandada en el sentido de que la existencia de estos plazos perentorios y preclusivos en el procedimiento de selección de los contratistas, no significa que su vencimiento impida a la Administración decidir válidamente, por cuanto, a su juicio, la consagración de esos plazos tiende a producir consecuencias

³⁹ [19] “Consecuencias del incumplimiento de los plazos en los procedimientos administrativos, son i) las contempladas en el artículo 7º del Código Contencioso Administrativo, el cual establece que la falta de atención de las peticiones, así como la inobservancia de los términos para resolver o contestar, constituyen causal de mala conducta para el funcionario y dan lugar a las sanciones correspondientes; ii) en el artículo 32 ibidem, que contempla así mismo, sanciones que puede imponer la Procuraduría General de la Nación, por el incumplimiento de los plazos señalados en las reglamentaciones de los trámites internos de las entidades; iii) otras consecuencias son las que se presentan **frente al ejercicio del derecho de petición**, bien sea el ejercido para obtener una decisión de la Administración, o el ejercido al interponer un recurso de vía gubernativa contra una decisión que ésta ya ha proferido, casos en los cuales, por expresa disposición de las normas generales del mencionado Código (arts. 40 y 60), si la Administración no se pronuncia en el plazo legalmente establecido, se producirá el silencio administrativo, negativo o positivo, según el caso”.

distintas, como son las de índole disciplinaria, de responsabilidad, etc., pero no afecta la integridad del respectivo acto administrativo, toda vez que, sostiene la demandada, se impone la prevalencia de la finalidad de dicho procedimiento, y del régimen de contratación estatal en general, cual es 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" (art. 3, Ley 80/93).

Y no se comparte, por cuanto aquella es, en últimas, la finalidad de toda actuación administrativa, sin que ello implique, en manera alguna, que tal finalidad se pueda obtener por cualquier medio, toda vez que es la ley la que establece los procedimientos y requisitos que rigen el actuar de las autoridades estatales y más concretamente, de la Administración, y solo mediante el cumplimiento de los mismos, pueden desempeñarse los servidores públicos, en el cumplimiento de sus funciones y en la búsqueda de la obtención de los objetivos perseguidos por la entidad estatal a cuyo nombre actúan.

En otras palabras, si bien uno de los principios de jerarquía constitucional que rigen la función administrativa es el de la eficacia (art. 209, C.P)⁴⁰, que significa, según lo define el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo para las actuaciones administrativas, que los encargados de adelantar los procedimientos administrativos tendrán en cuenta que éstos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando las decisiones inhibitorias, la aplicación de este principio no puede implicar el desconocimiento flagrante del principio de legalidad de la actividad administrativa, consagrado también en la Constitución Política y que, como es bien sabido, constituye uno de los pilares del Estado de Derecho y el cimiento principal de las garantías de los administrados frente al Poder Público.

55. De acuerdo con lo anterior, el hecho de que los plazos en los procedimientos de selección de contratistas y entre ellos el término para la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación pública sean perentorios y preclusivos, se traduce en la pérdida de competencia de la administración para tomar la decisión que le ponga fin al procedimiento de selección, una vez el plazo legal transcurre.

56. Y tratándose del vicio más grave que puede afectar a un acto administrativo, tal y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Sección, procede su declaratoria aún de

⁴⁰ [20] "Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, además de ajustarse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben desarrollarse también de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo; la Ley 489 de 1998, también contempló como principio rector de la función administrativa, el de la eficacia".

oficio y así lo decidirá la Sala⁴¹, que frente a la prosperidad de esta causal de nulidad, queda relevada de analizar los demás cargos formulados en la demanda.

El restablecimiento del derecho

57. La parte actora pidió que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, esto es, la resolución n.º 970 del 5 de noviembre de 1998, se condenara a la Comisión Nacional de Televisión a indemnizarle los perjuicios –daño emergente y lucro cesante- que le ocasionó con dicho acto.

58. Al respecto, se observa que cuando se demanda por uno de los proponentes la nulidad del acto de adjudicación o de aquel que declaró desierta la licitación, por considerar que presentó la mejor oferta y a pesar de ello fue ilegal e injustamente privado del derecho a la adjudicación, recae sobre él la carga probatoria de acreditar no sólo la ilegalidad del acto administrativo demandado, sino también que su oferta cumplió con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que de acuerdo con los parámetros de evaluación incluidos en el mismo, fue la mejor y más conveniente para la entidad.

59. Acreditados esos dos extremos, surge el derecho para el demandante a que le sea reconocido el lucro cesante que padeció con ocasión de la expedición del acto ilegal, consistente en las utilidades que hubiera podido obtener a partir de la ejecución del

⁴¹ La jurisprudencia ha manifestado en múltiples ocasiones que la falta de competencia en la expedición de los actos administrativos es un vicio de tal gravedad, que puede ser declarado aún de oficio. Al respecto, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, expediente 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999, expediente 10196, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 13414, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, expediente 16493, sentencia de 15 de abril de 2010, expediente 18292, sentencia del 16 de agosto de 2012, expediente 24463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 35749 y sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente 23650, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 14 de junio de 2012, expediente 22223, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

contrato de cuya adjudicación fue ilegal e injustamente privado, perjuicio que deberá ser acreditado en el proceso⁴².

60. En estos casos, ha considerado la jurisprudencia de la Sección que sólo hay lugar al reconocimiento del lucro cesante en la forma planteada, por cuanto en relación con el daño emergente, constituido por los gastos y erogaciones que tuvo que afrontar el proponente en la preparación de su oferta y su participación en el proceso de selección, ellos constituyen el costo de oportunidad que tienen que afrontar todas las personas interesadas en participar en estos procedimientos administrativos y contar así con la posibilidad de resultar favorecidas con la adjudicación⁴³, de tal manera que, en condiciones normales, aún en el evento de no resultar seleccionadas, ellas no adquieren el derecho a reembolso o reconocimiento alguno por tales gastos e inversiones.

61. En el presente caso, a pesar de que la parte actora adujo que su oferta fue la mejor y más favorable entre las presentadas para el otorgamiento de la concesión en la ciudad de Bogotá, esa es una afirmación que no se acreditó en debida forma en el proceso, si se tiene en cuenta que está fundamentada por la demandante en el hecho de haber obtenido la mayor calificación en la evaluación de las ofertas, según consta en el informe de evaluación realizado por la entidad demandada –ver párrafo 8.6-.

62. Sin embargo, como ya se advirtió, esa evaluación que hizo la entidad de las ofertas presentadas en la licitación fue irregular, puesto que según se acreditó en el plenario – ver párrafo 8.3-, en el factor correspondiente a *propuesta de programación*, en el que debió ser calificado, según el pliego de condiciones, con un puntaje máximo de 500 a quien ofreciera el mayor número de canales culturales y proporcionalmente a los demás, se resolvió otorgarles el máximo puntaje a todos los proponentes, independientemente de lo ofrecido.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 1988, expedientes 3528, 3529 y 3544, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13792; C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 1990, expediente 5860, C.P. Julio César Uribe Acosta.

63. En tales condiciones, procedería verificar si dándole estricta aplicación al pliego de condiciones en la evaluación de las ofertas, la presentada por la parte actora seguiría ostentando el mayor puntaje que se le otorgó por la entidad en la evaluación o si tal situación variaría. Para ello, se advierte que en el plenario obran tanto el pliego de condiciones como las ofertas presentadas por True Vision of Television –la demandante- y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB, que fue la otra única oferente para la concesión del servicio de televisión por suscripción para la ciudad de Bogotá, lo que en principio parecería indicar que le permite a la Sala verificar lo correspondiente a su calificación.

64. No obstante, esa posibilidad es sólo aparente, puesto que ya se explicó que a pesar de ser el parámetro de calificación con más alto peso dentro de la ponderación de todos los puntajes establecidos para la evaluación de las ofertas –ver párrafo 8.2.3-, el de la *propuesta de programación* y más específicamente el del *porcentaje de canales culturales ofrecidos*, en la forma como fue dispuesto en el pliego de condiciones no brinda el mecanismo idóneo para su calificación en forma técnica y objetiva –ver párrafo 8.2.4-, pues se limita a establecer que para los efectos del pliego de condiciones, se entiende por *“canales culturales aquellos cuya programación, independientemente de su origen de producción, se dedique permanentemente a la difusión del conocimiento científico, académico, artístico o popular, como también que tengan el propósito de elevar el desarrollo humano o social de los habitantes del territorio nacional, o fortalecer su identidad cultural o propender por la conservación de la democracia y la convivencia nacional”*.

65. Y según se observa en la oferta presentada por True Vision of Television, en cuanto a la programación ofrecida, incluyó 85 canales, con los siguientes paquetes y clasificación (199 a 202, c. 8):

Televisión Nacional

1. *Canal A Colombia*
2. *Canal Uno Colombia*

Familiar
Familiar

3. Canal RCN	Familiar
4. Canal Caracol	Familiar
5. Señal Colombia	Cultural
6. Tele Pacífico	Cultural
7. Tele Caribe	Cultural
8. Tele Andina	Cultural
9. Canal Capital	Cultural
10. Tele Antioquia	Cultural
11. Tele Café	Cultural
12. Canal Congreso Nacional de Colombia	Cultural

Paquete Básico

13. Discovery	Cultural científico
14. Animal Planets	Cultural científico
15. Discovery Kids	Cultural infantil
16. Travel Channel/P&A	Cultural
17. Arts Showcase	Cultural
18. Canal Artes Musicales	Cultural Prod. Propia
19. Canal Artes Escénicas	Cultural Prod. Propia
20. Canal Ciencia y Cultura	Cultural Prod. Propia
21. Enlace Televisión	Cultural Religioso
22. EWTN	Cultural Religioso
23. Worldnet	Cultural
24. Space Television Network	Cultural Científico
25. Hispavisión	Cultural
26. History Channel	Cultural
27. Canal A de Buenos Aires	Cultural
28. Televisión de Chile	Cultural
29. Arts and Entertainment	Cultural
30. Education Media Planet	Cultural
31. Independence Film Channel	Cultural
32. Film & Arts	Cultural
33. Ovation Arts Network	Cultural

Paquete Super

34. TV 5	Cultural
35. DW	Cultural
36. TV E	Cultural
37. Cine Latino	Cultural
38. BET TV	Cultural
39. Telemúsica	Cultural Musical
40. M TV	Cultural Musical
41. H TV	Cultural Musical
42. Music 21	Cultural Musical
43. Multipremier	Cultural Familiar
44. Antena Tres	Familiar
45. Telefe Internacional	Familiar

46. América de Buenos Aires	Familiar
47. FOX	Familiar
48. Sony	Familiar
49. Gems	Familiar femenino
50. Cartoon Network	Familiar infantil
51. Magic Kids	Familiar infantil
52. Zas Televisión	Familiar infantil
53. TNT	Familiar
54. WB TV	Familiar
55. Tele Uno	Familiar
56. Hallmark	Familiar
57. Family Channel	Familiar
58. Casa Club	Familiar
59. USA Network	Familiar
60. Fox Kids	Familiar infantil
61. Nickelodeon	Familiar infantil
62. Locomotion	Familiar infantil
63. ESPN International	Deportivo
64. ESPN 2	Deportivo
65. FOX Sports Américas	Deportivo
66. Eco	Noticias
67. CNN en Español	Noticias
68. CNN International	Noticias
69. CBS Telenoticias	Noticias
70. BBC World	Noticias
71. Weather Channel	Noticias

Paquete Premium

72. Cinemax	Cultural familiar
73. Cinemax Delay	Cultural familiar
74. HBO Ole	Cultural familiar
75. HBO Ole 2	Cultural familiar
76. HBO Ole Delay	Cultural familiar
77. Movie City	Cultural familiar
78. Movie City 2	Cultural familiar
79. Cine Canal	Cultural familiar
80. Cine Canal 2	Cultural familiar
81. Cine Canal Delay	Cultural familiar
82. Pague por ver 1	Según programación
83. Pague por ver 2	Según programación
84. Pague por ver 3	Según programación
85. Canal Guía de Programación	Servicio al usuario

(...) Porcentaje de canales culturales incluidos en el paquete básico: 100%

66. Por su parte, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB ofreció 91 canales, así (f. 198 a 203, c. 5):

Canales Premium

Cien x cien cine

- Cine Canal
- Cine Canal 2
- Movie City
- HBO Ole
- HBO Ole 2
- Cinemax

Adultos

- Playboy
- Cosmopolitan
- Venus
- Adultvision

Especializados

- Golf Channel

Pay per view

- Ppv 1 cine
- Ppv 2 cine
- Ppv 3 deportes
- Ppv 4 eventos especiales

Canales Básicos

Cien x cien cine

- Multipremier
- Hallmark
- Cine Latino
- TNT
- Gran Canal Latino

Música

- HTV
- MTV
- Telemúsica

- *Music 21*
- *Much música*

Deportes

- *ESPN Internacional*
- *ESPN 2*
- *Fox Sports*
- *América Sports*

Variados

- *Gems*
- *Canal de las Estrellas*
- *TV Chile*

Cultura

- *Discovery Channel*
- *Animal Planet*
- *Travel – People & Arts*
- *Infinito*
- *Mundo Ole*
- *À Canal Arte*
- *Arts*
- *World net*
- *The eLearning Channel*
- *The History Channel*
- *TV Quality*
- *Red Educativa*
- *Casa Club*
- *BBC World*
- *Deutsche Welle*
- *TV 5*
- *RAI*
- *TVE*
- *RTP*

Entretenimiento

- *USA Network*
- *FOX*
- *Tele-Uno*
- *Antena 3*
- *Family Channel*
- *Telefe*
- *Sony*
- *E-Entertainment*

Infantiles

- *Cartoon Network*
- *Zaz*
- *Fox Kids*
- *Discovery Kids*
- *Warner*
- *Nickelodeon*
- *Locomotion*

Noticias

- *CBS Telenoticias*
- *CNN Inglés*
- *CNN Español*
- *CNN Sports Illustrated*
- *CNN Financial News*
- *Headline News*
- *C-NBC*
- *Bloomberg Information*
- *Euronews*

Especializados

- *Weather Channel*
- *Prevue Channel*

Nacionales

- *Canal A*
- *Canal Uno*
- *Señal Colombia*
- *Canal Capital*
- *Canal Caracol*
- *Canal RCN*

Regionales

- *Teleantioquia*
- *Teveandina*
- *Tele Café*
- *Tele Pacífico*
- *Tele Caribe*

Religiosos

- *WTN*
- *Claravisión*

67. La comparación de los ofrecidos por uno y otro proponente permite advertir cómo unos mismos canales son clasificados de una manera por la ETB y de otra manera distinta por True Vision of Television y es así como esta última, califica como culturales una serie de canales que para la ETB pertenecen a otras categorías, por lo que no se advierte un criterio unificado en relación con la categorización de los programas.

68. Al respecto, se observa que la propuesta de True Vision of Television al referirse a la programación cultural que propone, alude a la definición de cultura que contiene la Ley 397 de 1997⁴⁴ como “*el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias*” (f. 209, c. 8)

69. Pero se advierte que la Ley 182 de 1995⁴⁵, en su artículo 21 clasifica el servicio de televisión en función de la orientación general de la programación, en la siguiente forma: “*a) Televisión comercial: es la programación destinada a la satisfacción de los hábitos y gustos de los televidentes, con ánimo de lucro, sin que esta clasificación excluya el propósito educativo, recreativo y cultural que debe orientar a toda televisión colombiana; b) Televisión de interés público, social, educativo y cultural: es aquella en la que la programación se orienta en general, a satisfacer las necesidades educativas y culturales de la audiencia*” y el parágrafo 1º del artículo 61 de la misma ley, modificado por el artículo 15 de la Ley 335 de 1996, dispone:

Parágrafo 1º. *La programación cultural de la Compañía de Informaciones Audiovisuales e Inravisión, deberá fundamentarse en un concepto amplio de ésta.*

⁴⁴ “*Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias*”, publicada en el Diario Oficial 43102 del 7 de agosto de 1997.

⁴⁵ “*Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones*”, publicada en el Diario Oficial 41681 del 20 de enero de 1995.

En consecuencia no sólo serán culturales los programas producidos por dichas entidades que están referidos a la difusión del conocimiento científico, filosófico, académico, artístico, o popular, sino también aquellos cuyo contenido tenga como propósito elevar el desarrollo humano o social de los habitantes del territorio nacional o fortalecer su identidad cultural o propender por la conservación de la democracia y convivencia nacional.

Los programas deportivos, recreativos de concurso o los destinados a la audiencia infantil, serán considerados culturales si sus contenidos cumplen los requisitos establecidos en este párrafo.

70. Por su parte, la literatura especializada sobre el tema, tratando de establecer lo que debe entenderse por televisión cultural, ha manifestado:

El concepto de canal cultural remite inevitablemente a la definición de cultura. Según como entendamos ésta, nos vendrá dada la acepción de canal cultural. El concepto moderno de cultura es doble e inseparable en sus dos vertientes antropológica y humanista (Calhoun [ed.], 2002).

La definición antropológica, desarrollada en el s. XIX, entiende la cultura como la suma del total de las actividades humanas. E.B. Tylor, considerado el padre del concepto antropológico de cultura, argumentaba en 1871 que "cultura o civilización, en su amplio sentido etnográfico, consiste en todo aquello que incluye conocimiento, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y todo el resto de capacidades y hábitos adquiridos por un hombre en tanto que miembro de una sociedad" (citado en Calhoun [ed.], 2002).

En cambio, el concepto humanista de cultura, anterior al antropológico, pues fue desarrollado por la Ilustración en la Europa del s. XVIII, hace referencia a la actividad humana ligada a las artes, la música y las letras. Podemos decir que esta última aproximación clásica es la que ha pervivido en el concepto actual de high culture o cultura de elite. Y Watson (2000) la define, precisamente, por oposición a la cultura popular. Mientras que la cultura popular pertenece a la gente corriente y es compartida por la mayoría no elitista de la población, la alta cultura, la cultura intelectual o la highbrow culture, queda reducida a una minoría altamente educada. Por eso, la cultura popular, según Watson, significa generalmente cohesión; alta cultura, en cambio, diferencia, pues se distingue de la cultura popular y de todo lo que se asocia con ella.

La alta cultura se manifiesta en formas artísticas de alto contenido cognitivo como la ópera, el arte histórico, la música clásica, el teatro tradicional o la literatura, es decir, que requieren un alto grado de educación para ser entendidas, aprehendidas y disfrutadas; en cambio, la cultura popular engloba diversas formas de comunicación cultural incluyendo los periódicos, la televisión, la publicidad, los tebeos, la música pop, la radio, las novelas baratas, las películas, etc, mucho más intuitivas y asequibles en su

aprehensión. Precisamente la idea de cultura popular y televisión encontró en Raymond Williams y Stuart Hall un punto de encuentro en los años 70 que devino fundamental para la expansión de los estudios culturales de las últimas décadas. Desde una posición marxista, pero crítica, los autores británicos se centraron en la cultura popular y las prácticas de interpretación de la audiencia. Su modelo de producción y recepción de cultura de masas a través del proceso de codificación y decodificación ensalzaba el papel activo de los consumidores de cultura de masas en la construcción de significado de los objetos culturales. Por tanto, la televisión ha sido considerada como medio paradigmático de la cultura popular, en contraposición a la cultura de masas, elemento de control del capitalismo defendida por Gramsci y por la Escuela de Frankfurt (Williams, 1974; Stuart Hall, 1973).

(...) Esta diferencia entre cultura popular y alta cultura se hace básica y referencial para los canales culturales respecto al resto de canales y a la propia televisión. La pretensión de diferenciación, esencial en la alta cultura, es la que persiguen los canales culturales, que pretenden distinguirse del resto de la televisión de cultura popular ofreciendo una cultura intelectual, emancipadora del hombre según los ideales de la modernidad.

4. Un intento de definición del concepto de canal cultural

Una recopilación de todas las ideas tratadas hasta ahora nos lleva a proponer la siguiente definición de canal cultural: denominamos canales culturales a los canales televisivos generalistas o temáticos, cuya programación se caracteriza por unos elevados contenidos del mundo del arte y de la música selecta, de la ciencia y el descubrimiento geográfico y etnográfico, así como de la historia y de la sociedad. El tratamiento de los contenidos se caracteriza por el rigor y la búsqueda de la excelencia, estética y temática, en oposición al resto de la programación de la televisión, centrada en la cultura de masas. El target de audiencia es de un nivel adquisitivo y cultural medio-alto o alto. Los géneros predominantes -pero no exclusivos- son el documental y el reportaje, con una amplia presencia de formatos y temáticas innovadores, que responden al hecho de entender la creatividad y la innovación como integrantes del concepto de alta cultura. En artes escénicas como la danza, el teatro, la música y similares predominan retransmisiones en directo o en vivo, aunque no de manera exclusiva. El género de ficción también tiene cabida siempre y cuando se justifique por necesidad artística, -el filme independiente de calidad-, o como arte en sí mismo, como el vídeo-arte⁴⁶.

71. Por lo expuesto, para la Sala es claro que dada la complejidad del tema, para la determinación de si un canal puede ser calificado o no como cultural, se requieren conocimientos especializados en materia de televisión y elementos de juicio técnicos de

46 Llorens Maluquer, C. y Aymerich Franch, L. (2007). Cultura y televisión. Concepto y presencia de los canales culturales en Europa Occidental. Revista Latina de Comunicación Social, 62. Recuperado el 14 de julio de 2015 de: http://www.ull.es/publicaciones/latina/200705Llorens_y_Aymerich.htm

los que el juez carece para hacer la respectiva evaluación de este factor, ya que no resulta suficiente con que el proponente en su oferta califique ciertos canales ofrecidos como culturales para tener por acreditada esta naturaleza, de la cual depende el otorgamiento de puntaje dentro de la calificación de las propuestas.

72. Lo anterior, aunado al hecho de que en el cuadro de evaluación elaborado en la licitación pública por la entidad, en el ítem *propuesta de programación*, a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB le otorgaron 1000 puntos de 1000 posibles, mientras que a True Vision of Television le correspondieron 838.4, sin que se hubiera efectuado la correspondiente discriminación de los distintos componentes de este factor según el pliego de condiciones –número de canales ofrecidos, porcentaje de canales culturales ofrecidos, producción propia y mayor número de horas de producción propia ofrecida- (f. 240, c. 7), pero de los que se sabe que la entidad otorgó por igual 500 puntos a todos los proponentes por el *porcentaje de canales culturales ofrecidos*.

73. En tales condiciones, no se puede afirmar, como lo hizo el demandante, que esté probado en el proceso que su oferta fue la mejor y que en consecuencia, al no ser favorecido con la adjudicación, sufrió un perjuicio en la modalidad de lucro cesante, por las utilidades que dejó de obtener al haber sido injusta e ilegalmente privado de la posibilidad de celebrar y ejecutar el contrato de concesión objeto de la licitación, razón por la cual las pretensiones relacionadas con esta reclamación deberán ser denegadas.

74. Sin embargo, dado que la declaratoria de desierta de la licitación obedeció a circunstancias imputables a la entidad -quien debe asumir la carga de claridad y precisión del pliego de condiciones y por lo tanto la responsabilidad por su defectuosa elaboración- que impidieron la selección objetiva, se reconocerán a favor de la parte actora los perjuicios de daño emergente, constituidos por los gastos en los que incurrió para la elaboración y presentación de la oferta⁴⁷, teniendo en cuenta para ello las pruebas obrantes en el plenario.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 16209, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

75. En el proceso rindió testimonio el administrador de empresas Diego Felipe Ordóñez Méndez, quien manifestó que como socio de Copra Ltda., fue asesor de True Vision of Television S.A. para la presentación de la oferta en la licitación pública 001 de 1998 y que un mes antes de la apertura de la misma fue contactado para dar soporte financiero a la misma y se comprometió así mismo a la consecución de cartas de intención que demostraran el respaldo financiero de las entidades crediticias del proyecto; en relación con la asesoría prestada, manifestó que *“(...) el soporte financiero consiste en determinar la viabilidad del negocio, esto mediante el análisis financiero y comercial de una empresa prestadora del servicio de TV por suscripción, ese análisis se fundamenta en cálculos matemáticos, tales como la proyección de todos los rubros que tienen incidencia financiera en el desempeño del negocio. Entre otros rubros ingresos por la prestación de servicios, gastos de administración, operación y mantenimiento e inversiones, todos estos proyectados entre el momento supuesto de comienzo de la operación y el décimo año contado a partir de ese momento (...). La labor de COPRA estuvo encaminada a apoyar la elaboración del tomo financiero en la oferta de licitación”*. Así mismo, el testigo manifestó que como contraprestación por todas las gestiones que la firma Copra Ltda. adelantó para la sociedad True Vision of Television S.A., se acordó el pago de alrededor de \$ 30 000 000 y una comisión de éxito en caso de adjudicación de la licitación (f. 824, c. 2).

76. También declaró en el proceso el ingeniero civil Javier Alejandro García Espinosa, quien trabaja para la firma TVTELL y fue su gerente entre febrero de 1998 y marzo de 1999. El testigo manifestó que la referida firma fue quien elaboró la propuesta que True Vision of Television presentó en la licitación pública de la Comisión Nacional de Televisión y que para ello se apoyó en distintos consultores –Copra en el área financiera, Massmedia y Amtech en la parte técnica-, todo lo cual se tradujo en unos costos de alrededor de \$ 60 000 000, *“pero cuyos rubros y cantidades exactas deben reposar en los libros de TVTEL Y TRUE VISION OF TELEVISION”* (f. 827, c. 2).

El dictamen pericial y la objeción por error grave

77. La parte demandante solicitó la práctica de un dictamen pericial para determinar i) la viabilidad técnica para el montaje, prestación y explotación del servicio de televisión por

suscripción en el distrito capital de Santafé de Bogotá, ii) el potencial de mercado existente en el mismo distrito para prestar el referido servicio bajo el esquema definido por la CNTV en el pliego de condiciones de la licitación y en los términos propuestos por la demandante en su oferta, iii) el monto de los perjuicios sufridos por la demandante como consecuencia de la decisión demandada “y en especial, proyectar y calcular el monto de las utilidades a las cuales tenía derecho” –numerales 8.7 y 8.8 de la demanda, f. 56, c. 1-.

78. El tribunal *a-quo* decretó la prueba y ordenó que fuera realizada por dos expertos en ingeniería electrónica, quienes presentaron el respectivo informe (f. 88, c. 1 y c. 9), en el cual manifiestan que para su realización, tuvieron en cuenta el expediente y sus anexos, así como la información contable de la sociedad demandante, para lo cual los auxiliares de la justicia inspeccionaron los libros contables oficiales de True Vision of Television, así: “1. Libro de inventarios, inscrito el 4 de agosto de 1998 bajo el No. 00827065 del libro VII del registro mercantil. 2. Libro Diario, inscrito el 4 de agosto de 1998 bajo el No. 00827064. 3. Fotocopia simple de la declaración de renta de dicha sociedad presentada a la DIAN por el periodo del año 2000”.

78.1. En el dictamen, se conceptuó que la estructura y el diseño técnico propuesto por True Vision of Television era el adecuado para la prestación del servicio de televisión por suscripción y que se había aportado toda la información técnica requerida en el pliego de condiciones; verificó que la proponente se comprometió a prestar el servicio bajo los parámetros mínimos establecidos en la norma 76.605 de la FCC, NTSC/M de las señales análogas y MPEG II para las señales digitales, como también la norma de Escala de Calidad recomendada por UIT-R BT.500 (Unión Internacional de Telecomunicaciones), de acuerdo con lo exigido en el pliego para las características de la cabecera de red y que la viabilidad técnica para el montaje, prestación y explotación del servicio de televisión por suscripción en la ciudad de Bogotá era positiva, siempre que se cumpliera con cada uno de los ítems y condiciones exigidos.

78.2. En cuanto al potencial del mercado, estableció que era de 1 646 462 hogares, con base en el censo habitacional o número de hogares en Bogotá para 1996, según el DANE.

78.3. En relación con los perjuicios, proyectó el lucro cesante basado en el cálculo de las utilidades, “(...) de acuerdo al valor del beneficio económico que se generaría de la ejecución del contrato de concesión por dicha licitación durante un período de diez (10) años (...)”, tomando para ello el número potencial de suscriptores, el precio estimado del servicio de suscripción para diciembre de 1999, el valor del servicio mensual, los costos de ventas, la depreciación y amortización, los gastos de administración, los gastos de ventas, el impuesto de renta y el valor de la inversión inicial, lo que arrojó un valor total por concepto de lucro cesante actualizado a la fecha del peritazgo, de \$ 18 442 175 890,00.

78.4. Por otra parte, se concluyó que el daño emergente ascendía a la suma de \$12 414 407, que debidamente actualizada a la fecha del informe -18 de junio de 2002- daba un monto de \$ 15 044 246,00, luego de considerar (f. 10, c. 9):

DAÑO EMERGENTE

Para el presente caso, el daño emergente se refiere al empobrecimiento directo del patrimonio del perjudicado; es decir, la disminución real y cierta del patrimonio, como son: los gastos, honorarios, consultas, originados por la no adjudicación del contrato de concesión.

El valor del daño emergente comprende los gastos causados y/o pagados para la elaboración del estudio de factibilidad y la presentación de la oferta de dicha licitación.

De los libros contables, los balances suministrados y cuentas de cobro presentadas por TVTELL S.A., se obtiene que el valor de las asesorías asciende a \$32'260.000; el valor de la asistencia técnica asciende a la suma de \$4'237.132; el valor de los gastos en general asciende a la suma de \$ 1'122.283, dando un total de: TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS QUINCE PESOS (\$37'619.415)=M/CTE.

Este valor fue utilizado en la creación de la sociedad True Vision of Television S.A., en la elaboración del estudio de factibilidad y en la

elaboración de la oferta presentada ante la CNTV, además de las asesorías respectivas. Por lo tanto, consideramos los peritos que el 33% del valor total mencionado corresponde al daño emergente directo a 31 de diciembre de 1998 para el presente caso, por concepto del estudio de factibilidad y elaboración de la oferta, equivalente a la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS (\$12'414.407=) M/CTE.

79. Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes y la entidad demandada lo objetó por error grave, al considerar (f. 146 y 149, c. 1):

79.1. Que la entidad expidió la resolución 970 de 1998 indicando cada hecho que imposibilitaba la selección objetiva ajustándose a los parámetros legales, por lo que no se le pudo causar ningún perjuicio a los participantes en la licitación y que la finalidad del peritazgo es verificar hechos que interesen al proceso y que requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos y no para determinar las resultados del proceso.

79.2. Que el dictamen rendido no fue claro, preciso y detallado ni explicó los exámenes e investigaciones efectuadas, así como los fundamentos técnicos y científicos, pues para establecer la viabilidad técnica para el montaje, prestación y explotación del servicio de televisión por suscripción en Bogotá, se limitó a mencionar la propuesta de la demandante sin acudir a fuentes de información técnica o de campo válidas y objetivas y sin desplegar actividad intelectual alguna, con lo cual *“sobre el punto existe una discrepancia entre el objeto examinado y la evaluación requerida en la prueba y ordenada por la autoridad judicial”*.

79.3. Sobre la determinación del potencial del mercado existente en el distrito capital para prestar el servicio de televisión por suscripción, que se pidió en la demanda que se efectuara bajo el esquema definido por la CNTV en el pliego de condiciones de la licitación y teniendo en cuenta los términos propuestos por True Vision of Television, en el dictamen no se hizo referencia alguna a los mismos y que el hecho de que existan 1 646 462 hogares no significa que todos sean potenciales usuarios, pues para

determinarlo se deben realizar estudios y análisis frente a los concesionarios que prestan el servicio en la ciudad, señalando el objetante que el número máximo de suscriptores reportados para Bogotá es de 25 000 usuarios.

79.4. Y en relación con el monto de los perjuicios sufridos por la sociedad demandante, afirmó que los peritos partieron equivocadamente de la certeza de los mismos, cuando no obra prueba del daño en el proceso y sus conclusiones finales están precedidas de estimativos, aproximaciones y supuestos sin fundamento.

80. El Tribunal *a-quo* no se pronunció sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial practicado en la primera instancia, razón por la cual la Sala deberá resolverla en esta instancia. Al respecto, se observa que, como lo ha manifestado la jurisprudencia:

*(...) el dictamen pericial es un medio de prueba que busca, con el concurso de expertos en temas específicos, llevar al conocimiento del juez características, condiciones, cualidades, etc., sobre hechos que deben ser establecidos en el proceso y para las cuales aquel carece de preparación profesional, mediante el análisis de cosas o hechos sobre los cuales debe decidir; la prueba pericial, "(...) tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente"*⁴⁸.

16. Ahora bien, el C. de P.C.⁴⁹, establece la forma de ejercer el derecho de contradicción de este medio de prueba, al disponer en su artículo 238 que del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare u objetarlo por error grave, caso en el cual se deberá precisar el error y pedir las pruebas para demostrarlo; del escrito de objeción se correrá traslado a las demás partes, para que si lo consideran procedente, pidan pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error y concederá un término de 10 días para practicarlas, debiendo decidir sobre la objeción en la

⁴⁸ [10] "Devis Echandía, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", T. II, Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1970, p. 291".

⁴⁹ [11] "Vigente para la época en que se practicó la prueba pericial en este proceso".

sentencia; la norma establece que el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, con distintos peritos, que será inobjetable, pero de él se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

17. El error grave que da lugar a la objeción, por su parte, es aquel que de no haberse presentado, otra habría sido la solución o el sentido del dictamen, por haber recaído éste sobre materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia o cuando el perito dictamina en sentido contrario a la realidad y de esa manera altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado⁵⁰.

18. No obstante, así el dictamen pericial no haya sido objetado por las partes, ello no significa que el juez esté obligado a acogerlo, puesto que la misma ley, de un lado –art. 137, inc. 6º del C. de P.C.- establece que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado y que en él, los peritos deberán explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, así como los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; y de otro lado –art. 241 del C. de P.C.- le indica al juez cómo debe apreciar el dictamen pericial, al establecer que para ello, se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

19. Lo anterior significa que el juez puede, una vez valorado el dictamen pericial, restarle todo poder de convicción y apartarse de sus conclusiones, cuando compruebe que no llena los requisitos legales exigidos para ello, pues, se reitera que “A través de la prueba pericial, se pretende llevar al juez el convencimiento sobre la existencia y naturaleza de las cosas y de los hechos que requieren especiales conocimientos y experiencia, lo cual sólo se logra en la medida en que resultan convincentes las explicaciones que los expertos aportan sobre los elementos de juicio que utilizaron para llegar a una conclusión”^{51, 52}

⁵⁰ [12] “El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

⁵¹ [13] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 22011, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 30313, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

81. En el presente caso, la Sala advierte que los defectos que la parte demandada aduce en relación con el dictamen pericial, no corresponden a un error grave, en los términos en que éste ha sido definido por doctrina y jurisprudencia, pues los peritos se refirieron a los puntos que fueron sometidos a su examen y conceptuaron sobre ellos, es decir que el dictamen sí recayó sobre lo que fue materia de la experticia. No obstante, lo que se echa de menos en la objeción planteada es la suficiencia de la fundamentación del informe y se critica su falta de firmeza, precisión y calidad, lo cual debe ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la prueba y establecer el grado de convicción que la misma le merezca, pero no conduce a declarar la prosperidad de la objeción por error grave, razón por la cual la misma será denegada.

Los perjuicios

82. Como ya se anunció, la Sala reconocerá a favor del demandante la indemnización de perjuicios materiales derivada de la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación pública 001 de 1998, en la modalidad de daño emergente, para lo cual tendrá en cuenta el cálculo efectuado en el dictamen pericial, dado que existen en el proceso testimonios que corroboran la existencia y extensión de este daño. Así es como se condenará a la Comisión Nacional de Televisión-en liquidación a pagar a favor de la sociedad True Vision of Television S.A. la suma de \$ 15 044 246,00, la cual se actualizará desde la fecha del dictamen -18 de junio de 2002- utilizando para ello la siguiente fórmula:

$$VA = VH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

VA = valor actualizado

VH = Valor histórico

Índice final = IPC vigente a la fecha de la presente sentencia

Índice inicial = IPC vigente el 18 de junio de 2002.

VA = 15 044 246 122,08

69,92

VA = 26 267 184,66

En consecuencia, se reconocerá a favor de la demandante, por concepto de daño emergente, la suma de \$ 26 267 184,66.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 18 de marzo de 2003, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: NO PROSPERA la objeción por error grave presentada por la parte demandada en contra del dictamen pericial practicado en el proceso.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la resolución 970 del 5 de noviembre de 1998 expedida por la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNASE a la Comisión Nacional de Televisión-en liquidación o a la entidad que corresponda, a pagar a favor de la sociedad True Vision of Television S.A., la suma de \$ 26 267 184,66, por concepto de daño emergente.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado