

LICITACION PARA LA ADJUDICACION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION PRIVADA - Acción de nulidad / ACCION DE NULIDAD - Con solicitud de suspensión provisional / CONSEJO DE ESTADO - Competencia en única instancia / ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES - Expedidos por una autoridad del orden nacional / ADJUDICACION TERCER CANAL DE TELEVISION - Licitación Pública 002 de 2010 / COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Resolución 2010-380-000481-4 / NULIDAD ACTOS PRECONTRACTUALES - Acto de apertura de la licitación y Pliego de Condiciones / ACTO DE APERTURA DE LA LICITACION Y PLIEGO DE CONDICIONES - Actos administrativos susceptibles de la acción de nulidad

La Sala es competente para pronunciarse en única instancia acerca de la solicitud de admisión de la demanda y de la medida cautelar de suspensión provisional, por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad, dirigida contra actos administrativos precontractuales expedidos por una autoridad del orden nacional como lo es la Comisión Nacional de Televisión (artículos 128, numeral 1 y 154 del C. C. A., y 13 del Acuerdo 55 de 2003, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado). La Sala advierte que la acción de nulidad que ahora se ha ejercido para obtener la declaratoria judicial de nulidad tanto del acto de apertura de la licitación como del correspondiente pliego de condiciones es procedente, en este caso, en consideración a que se trata de actos administrativos precontractuales susceptibles de ser demandados a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. La conclusión que se deja expuesta encuentra sustento normativo expreso en la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo el artículo 32 de la Ley 446, expedida en el año de 1998, a propósito de cuyos alcances la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades. Basta pues con verificar que tanto el acto administrativo que ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 que profirió el Director de la Comisión Nacional de Televisión, como el correspondiente Pliego de Condiciones de esa misma licitación pública corresponden, precisamente, a la clase de actos administrativos que son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad, “proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual”, a los cuales hace referencia expresa el inciso segundo (2º) del citado artículo 87 del C.C.A., amén de que esa es concretamente la acción que en esta ocasión se ha ejercido por parte del respectivo demandante, para que la Sala concluya entonces acerca de la procedibilidad de la referida acción de nulidad.

ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES - Caducidad de la acción

Tal como ya se mencionó, la demandada Resolución 2010-380-000481-04 del 7 de mayo de 2010 expedida por {} {} la Comisión Nacional de Televisión y el correspondiente Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, cuya apertura dispuso esa misma entidad, son susceptibles de ser demandados judicialmente a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo importa precisar que, en cuanto se trata de actos administrativos pre-contractuales, el ejercicio de las acciones referidas se encuentra sometido a las reglas especiales que contiene el actualmente vigente artículo 87 del C.C.A., entre las cuales se incluye el término de caducidad de 30 días que se computará a partir de la correspondiente comunicación, notificación o publicación, según sea el caso. En este sentido conviene precisar que si bien en el presente caso en el expediente no obra constancia alguna acerca de la fecha exacta de publicación de los actos demandados –publicación que si se realizó y se efectuó a través del Portal Único de Contratación, amén de que la naturaleza de tales actos permite descartar, en principio, la procedencia o la necesidad de que su respectiva eficacia

estuviere sometida a su comunicación o a su notificación, actuaciones éstas respecto de las cuales tampoco existe acreditación alguna–, lo cierto es que aun en el evento de tomar como punto de partida, para el cómputo del término de caducidad de la acción de nulidad, la fecha de expedición de la demandada Resolución No. 2010-380-000481-4, la cual no podría ser posterior en modo alguno a la publicación del también demandado Pliego de Condiciones, comoquiera que la publicación de dicho Pliego se ordenó realizar en el Portal Único de Contratación, precisamente, a través del artículo tercero de la referida Resolución No. 2010-380-000481-4, aun en ese evento, bueno es precisarlo, hay lugar a concluir que la demanda correspondiente fue presentada en tiempo.

TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCION - Treinta días. Cómputo

Ciertamente, si se asume que –como lo evidencia y lo señala el texto mismo de la Resolución No. 2010-380-000481-4–, la expedición del demandado acto administrativo que ordena la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010 tuvo ocurrencia el día 7 de mayo del presente año, se tiene entonces que el plazo de los 30 días que la ley establece para que opere la caducidad de la acción de nulidad –30 días que naturalmente deben considerarse hábiles, de conformidad con lo previsto en los artículos 121 del C. de P. C., y 70 del Código Civil subrogado por el artículo 62 del C. de R. P. y M.– es un plazo que vencía a la media noche del día 23 de junio de 2010 y dado que la demanda se radicó antes de que feneciere dicho término, concretamente durante el transcurso del señalado 23 de junio, es dable concluir entonces que la acción se ejerció de manera oportuna. Y en modo alguno habría lugar a computar el término de caducidad de la acción que aquí se ha ejercido con base en las disposiciones consagradas en el citado artículo 87 del C.C.A., a partir de los días “20 de abril de 2.010” o “26 de abril de 2.010”, fechas señaladas en el artículo 2º de la demandada Resolución No. 2010-380-000481-4 como aquellas en las cuales deberá (en el futuro) –o acaso ha debido (en el pasado)– hacerse la “Publicación de Avisos en Diarios de Amplia Circulación”, entre otras, por las siguientes razones: En primer lugar, porque no deja de resultar extremadamente llamativo y hasta incongruente verificar que antes de que se hubiere ordenado siquiera la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010, ya se hubiere anunciado, divulgado y/o publicitado, de manera formal y oficial, la apertura de una licitación cuya orden no se había impartido aun, puesto que, bueno es reiterarlo, dicha decisión únicamente se adoptó con posterioridad a esas fechas, esto es en mayo 7 de 2010; En segundo lugar porque resulta evidente que aunque las fechas aludidas son anteriores a la fecha de expedición de la Resolución demandada, mal podría computarse la caducidad de la acción de nulidad impetrada contra dicho acto administrativo desde antes de que el mismo fuere proferido; En tercer lugar, porque aun en el evento en que se llegare a considerar que la publicación del acto administrativo demandado, por medio del cual se ordenó la apertura de la referida Licitación No. 002 de 2010, se cumpliera únicamente a través de los avisos que se dispone incluir en diarios de amplia circulación, aun así habría que concluir que en el presente caso no operó la caducidad de la acción que se ha ejercido, puesto que en tal hipótesis habría que asumir también que tal publicación únicamente quedaría completa cuando se divulgaren todos los avisos, incluido el tercero –de otra manera carecería de sentido que se ordenaren todos ellos, puesto que con el de una sola fecha bastaría–, y ocurre que la fecha señalada para el último y tercer aviso se previó para el día 10 de mayo –con posterioridad a la expedición de la Resolución demandada–, por manera que si a partir de ese último día se contabilizare el término de los 30 días, naturalmente se mantendría inmodificable la conclusión anunciada en el sentido de que la demanda se presentó, en este caso, dentro de la oportunidad establecida en la ley. Como consecuencia de lo expuesto, dado que la demanda se presentó de manera oportuna y, además, cumple con los requisitos exigidos por los artículos 137 y siguientes del C.C.A., relacionados con el contenido

de la demanda, sus anexos, la individualización de las pretensiones y la presentación personal de la demanda, se admitirá.

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos de procedibilidad

Esta medida cautelar está consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política y tiene por objeto detener los efectos de los actos administrativos que sean abiertamente ilegales por confrontación directa con el ordenamiento jurídico superior que se señala infringido en la demanda. Así lo preceptúa expresamente la norma constitucional: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. En relación con la ilegalidad del acto, el Consejo de Estado ha precisado que ésta debe ser evidente y deducible de la sola comparación entre el acto demandado y el ordenamiento jurídico superior que se indicó como infringido en la solicitud o a través de documentos públicos. En consideración al objeto de la medida cautelar, la Corporación también ha señalado que, como su finalidad consiste en detener los efectos de los actos demandados cuando resulten abiertamente ilegales por confrontación directa con el ordenamiento jurídico superior, para su procedencia es necesario que el acto cuya suspensión se solicita no ha haya producido sus efectos o no los haya producido totalmente, toda vez que no tendría sentido suspender disposiciones que en la actualidad no producen efectos jurídicos porque hubieren sido derogadas o suspendidas.

LICITACION PUBLICA 002 DE 2010 - Acto de apertura / ADJUDICACION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION - Licitación pública 002 de 2010

Por medio de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, el Director de la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación pública 002 de 2010. La Comisión Nacional de Televisión explicó en el acto de apertura que la adjudicación de un tercer canal de televisión es una forma de brindar una nueva opción de televisión a la población colombiana y un instrumento para asegurar la generación de recursos que garanticen la sostenibilidad del sector y el mantenimiento y la expansión de la red pública de televisión. Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que se trata de una concesión a un operador nacional de televisión, la Comisión Nacional de Televisión indicó en el acto de apertura de la licitación, que para la selección del contratista resultaba indispensable adelantar una licitación pública a la cual le sería aplicable el mecanismo de subasta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 de la Ley 182 de 1995 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

LICITACION PUBLICA 002 DE 2010 - Pliego de condiciones y sus adendas / CONTRATO DE CONCESION PARA LA OPERACION Y EXPLOTACION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION NACIONAL - Adjudicación / PLIEGO DE CONDICIONES - Contenido

En el pliego de condiciones se explicó que el objeto de la licitación lo constituye la adjudicación del contrato de concesión para la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional. En el pliego de condiciones se determinó igualmente tanto la modalidad del proceso de selección –licitación pública– como el mecanismo de selección a propósito del cual se precisó que se haría a través de subasta, en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Agregó que para tal efecto se tendría en cuenta lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 7 de octubre de 2009. En el pliego de condiciones también se determinaron los criterios de selección para la adjudicación de la concesión y el procedimiento a seguir en caso de empate. El

procedimiento establecido en el pliego de condiciones para la audiencia de subasta presencial y la adjudicación implica la participación de varios proponentes habilitados quienes presentarán las Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegidos. En el evento en el cual no se presenten propuestas o ninguna cumpla con los requisitos exigidos, se declarará desierta la licitación. No obstante lo anterior, en el pliego de condiciones se previó la posibilidad de adjudicar la licitación a un único proponente habilitado. Por medio de las Adendas Nos. 1, 2 y 3 se modificó el pliego de condiciones en lo que atañe al cronograma de la licitación (numeral. 1.17 del pliego de condiciones).

CARACTER FACULTATIVO DE LA SUBASTA COMO MECANISMO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO DE CONCESION - Conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado / **PLURALIDAD DE OFERTAS** - Requisito para adjudicar el contrato mediante subasta / **SUBASTA** - Exige pluralidad de oferentes

La Sala de Consulta y Servicio Civil analizó las disposiciones Constitucionales y Legales que rigen los procesos de adjudicación del espacio electromagnético y concluyó que se debe garantizar la participación de un número plural de oferentes, al tiempo que puntualizó que dichos procedimientos administrativos se deben adelantar a través de la licitación pública mediante cualquier mecanismo de selección, entre ellos la subasta, máxime cuando el ofrecimiento de la concesión de un nuevo canal de televisión no corresponde a un procedimiento de selección contractual común sino eventual, sujeto a la discrecionalidad del Estado y en cualquier caso con primacía del interés general por la naturaleza del bien que se ofrece. En esa oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció igualmente acerca del carácter facultativo u obligatorio de la subasta, con la aclaración de que en ese momento no resultaba aplicable la Ley 1341 de 2009 y, con base en ello, sugirió la revisión del pliego de condiciones para adecuarlos a tales disposiciones legales. Indicó que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético requiere de una concesión estatal a través de la licitación pública, la cual se podrá adjudicar a través de cualquiera de los mecanismos previstos, entre ellos la subasta. Posteriormente, el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicitó la ampliación del anterior Concepto, con el fin de que se aclarara el tema acerca de la necesidad de contar con un número plural de proponentes para garantizar la legalidad de la adjudicación; la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 25 de febrero de 2010. La Sala de Consulta y Servicio Civil reiteró la obligación de adjudicar los canales nacionales de televisión abierta a través de licitación pública. Con fundamento en el anterior postulado señaló que en el evento de adelantarse la licitación pública con un único oferente habilitado para la concesión del tercer canal bajo la modalidad de la subasta, se perderían los espacios de negociación que precisamente se busca lograr y la Administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante quien, al no tener oponentes, podría ajustar su propuesta a los mínimos requerimientos de la entidad en el pliego de condiciones. Explicó que si bien el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 faculta a las entidades para adjudicar el contrato a un único oferente, lo cierto es que dicha disposición legal alude a la subasta inversa –en el caso de la concesión del tercer canal la subasta es ascendente- y esa posibilidad es la última opción y la residual a la cual debe acudir la Administración, la cual sólo resulta viable luego de agotados todos los recursos para garantizar la participación de varios proponentes. En todo caso, concluyó que para efecto de la adjudicación del tercer canal, las disposiciones legales aplicables son las especiales.

SUSPENSION PROVISIONAL - Numeral 4.11 del pliego de condiciones / **CONTRATOS PARA LA CONCESION DE CANALES DE TELEVISION PRIVADOS** - La subasta no es un

mecanismo de adjudicación obligatorio / SUBASTA COMO MECANISMO DE SELECCION - Es opcional pero si se acoge debe existir pluralidad de oferentes / ADJUDICACION POR SUBASTA - Exige pluralidad de ofertas

Para establecer si los actos demandados vulneran el ordenamiento jurídico superior, la Sala confrontará a continuación el numeral 4.11 del pliego de condiciones y el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. De la comparación entre el aparte del pliego de condiciones acusado y la norma superior que se indica transgredida, la Sala advierte que mediante el demandado pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión contempla y/o autoriza la adjudicación de la concesión a través del mecanismo de subasta aún cuando sólo hubiere un único proponente habilitado, circunstancia que contraría abiertamente lo dispuesto por la Ley. En efecto, los contratos para la concesión de canales de televisión privados y para la prestación de los servicios de televisión por cable se celebran previo procedimiento de licitación pública y están gobernados por el régimen especial contenido en las Leyes 182 de 1995 (derogada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007) y 1341 de 2009, tal como se señaló en el Pliego de Condiciones y en el Acto de Apertura de la Licitación Pública 002 de 2010. Cabe precisar que la subasta no es un mecanismo de adjudicación obligatorio para estos casos, pues como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil y como se advierte del contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la Administración está obligada a aplicar un procedimiento de selección objetiva, dentro de los cuales puede elegir la subasta, sin que su elección resulte imperativa para la adjudicación de la concesión del tercer canal. No obstante lo anterior, si la entidad pública opta por la aplicación de la subasta como mecanismo de selección, por su propia voluntad, resulta claro que tendrá que sujetarse a las disposiciones especiales que la regulan para estos casos, figura que por su propia naturaleza exige la pluralidad de oferentes.

SUBASTA - Finalidad / ADJUDICACION DE LA CONCESION PARA EL TERCER CANAL DE TELEVISION - Se escogió la subasta por parte de la CNTV / PLIEGO DE CONDICIONES - Acogió la subasta como mecanismo para adjudicar la licitación del tercer canal de televisión privada / PLURALIDAD DE OFERTAS - Exigencia legal para adjudicar el contrato a través de subasta

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que uno de los fines de la subasta es el de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, objetivo que no se lograría si participara un único oferente, puesto que se desnaturalizaría la subasta como mecanismo de adjudicación, en tanto no podría desarrollarse con un único participante toda vez que existiría una sola propuesta económica, la cual obviamente no podría competir y menos pujar contra sí misma. En este caso, la Comisión Nacional de Televisión optó por la subasta, tal como lo estableció en el pliego de condiciones, al señalar que el mecanismo de selección para la adjudicación de la concesión sería el de la subasta de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, circunstancia que la obliga a exigir y a respetar el requisito consistente, para este caso, en la pluralidad de oferentes, tal como se desprende con claridad de dicha disposición legal. Basta recordar el contenido del numeral 1.7 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública en mención, para concluir que la Comisión Nacional de Televisión previó y escogió el mecanismo de la subasta como aquél aplicable para la adjudicación y destacó que, para tal efecto, se tendría en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto que esa Corporación emitió el 7 de octubre de 2009, según el cual, como ya se mencionó, resulta necesaria y obligatoria la pluralidad de ofertas desde el inicio del procedimiento administrativo de la licitación pública e incluso hasta el cierre de la licitación misma.

SUSPENSION PROVISIONAL - Del Numeral 4.11 del pliego de condiciones / LICITACION PUBLICA 002 DE 2010 - Adjudicación del tercer canal de televisión privada / PLIEGO DE CONDICIONES - Su numeral 4.11 infringe el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 / CONTRATACION PARA LA CONCESION DE CANALES DE TELEVISION PRIVADOS - Cuenta con régimen especial

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el demandado numeral 4.11 del Pliego de Condiciones infringe abiertamente el contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Cabe precisar que la contratación para la concesión de canales de televisión privados se encuentra sometida a un régimen especial y, por lo tanto, de aplicación preferente. Con fundamento en lo anterior, para la Sala resulta evidente que el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones contraría abiertamente el marco legal al cual debe sujetarse porque modifica la regla especial contemplada en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 cuando se opta por la subasta como mecanismo de adjudicación, razón por la cual se decretará la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010 cuya apertura dispuso la Comisión Nacional de Televisión.

LICITACION PUBLICA 002 DE 2010 - Resolución de apertura 2010-380-000481-4 /
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

En cuanto al contenido de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la Licitación Pública 002 de 2010, la Sala no observa de entrada una ilegalidad abierta o grosera en relación con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2010 y considera que el respectivo estudio deberá realizarse al momento de dictar sentencia, a través de la valoración del material probatorio y del estudio integral de las normas que regulan el asunto, puesto que en esta oportunidad procesal no se tienen elementos suficientes que permitan deducir una ilegalidad tal que amerite su suspensión provisional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00036-00(38924)

Actor: JAIME OMAR JARAMILLO AYALA

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD CON SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Procede la Sala a pronunciarse acerca de la admisión de la demanda interpuesta el 23 de junio de 2010, en ejercicio de la acción de nulidad por el ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala y sobre la solicitud de suspensión provisional.

I. Antecedentes:

1. La demanda.

Se pretende la nulidad tanto del acto administrativo que ordena la apertura de la licitación pública 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, como del aparte pertinente del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 para la concesión de la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional (fols. 1 a 9).

2. Solicitud de suspensión provisional.

El actor solicitó la suspensión provisional de los actos demandados, con fundamento en que infringen lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Explicó que la subasta autorizada como mecanismo de selección para la asignación de espectro radioeléctrico exige pluralidad de oferentes, requisito esencial para la legalidad de dicho mecanismo, con el fin de que los interesados puedan competir en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión.

Señaló que el requisito de que exista pluralidad de ofertas obedece a que las frecuencias radioeléctricas constituyen un bien público escaso, cuya adjudicación puede contribuir a fortalecer las rentas públicas de la Nación, razón por la cual “el legislador autorizó la concesión de tales frecuencias a partir de un sistema de contratación en almoneda, para que mediante una puja competitiva se logre el propósito superior de 'maximización de recursos para el Estado', según las voces del artículo 72”.

Según el demandante, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es claro al exigir la pluralidad de interesados, situación que no se presentaría si en la licitación pública 002 de 2010 participara un solo oferente o se habilitara a un único proponente, tal como lo autoriza el numeral 4.11 del pliego de condiciones de dicha licitación.

Se refirió acerca del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 5 de octubre de 2009, por medio del cual se señaló que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 obliga a que antes del inicio del proceso contractual se determine si existe, o no, un número plural de interesados, así como la ampliación del mismo a través del cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aclaró que la pluralidad de oferentes se predica tanto del número de inscritos en el RUO como de las ofertas presentadas al cierre de la licitación. El actor solicitó tener en cuenta estos pronunciamientos al momento de decidir acerca de la solicitud de suspensión provisional.

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

refiere a la subasta inversa, de naturaleza descendente, que se utiliza para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, con las mismas especificaciones técnicas, bienes que no están relacionados en manera alguna con las frecuencias radioeléctricas.

Explicó que la subasta de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 exige pluralidad de oferentes, así:

“De la lectura del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se concluye nítidamente que la misma fijó un requisito esencial para la legalidad de las SUBASTAS que tienen por objeto la adjudicación de una frecuencia o una canal de televisión que utilice el espectro radioeléctrico, cual es que exista pluralidad de interesados dispuestos a 'pujar' en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión.

La razón ontológica de este requisito se funda en la circunstancia de que, contrario a su tradición en estas materias y en vista de que las frecuencias radioeléctricas constituyen en la actualidad un bien público escaso, cuya adjudicación puede contribuir a fortalecer las rentas públicas de la Nación, el legislador autorizó la concesión de tales frecuencias a partir de un sistema de contratación en almoneda, para que mediante una puja competitiva se logre el propósito superior de 'maximización de recursos para el Estado', según las voces del artículo 72, ídem.

Por ende, el uso del mecanismo previsto en la licitación de la referencia (subasta 'ascendente' del artículo 72 de la Ley 1341) exige pluralidad de interesados, circunstancia ésta que no se presentaría si sólo se presenta un oferente o se habilita a un único proponente como se autoriza indebidamente en los Pliegos de la Licitación No. 02 de 2010. Ello es así, porque es evidente que lo que la Ley 1341 de 2009 pretende con la habilitación de la subasta, es que las ofertas se conformen mediante un sistema de 'conformación dinámica', porque no de otra forma se podrían cumplir los fines enunciados de 'maximizar los recursos para el Estado'.

Si no existe tal pluralidad, no existirá 'conformación dinámica' y en esa medida el mecanismo de subasta ascendente no cumplirá con el propósito de 'maximizar los recursos' a partir de la competencia entre los interesados” (fols. 10 a 15).

Previo a resolver se hacen las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

1. Competencia.

La Sala es competente para pronunciarse en única instancia acerca de la solicitud de admisión de la demanda y de la medida cautelar de suspensión provisional, por tratarse de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad, dirigida contra actos administrativos precontractuales expedidos por una autoridad del orden nacional como lo es la Comisión Nacional de Televisión (artículos 128, numeral 1 y 154 del C. C. A., y 13 del Acuerdo 55 de 2003, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado).

2. La admisión de la demanda.

2.1. La procedibilidad de la acción.

La Sala advierte que la acción de nulidad que ahora se ha ejercido para obtener la declaratoria judicial de nulidad tanto del acto de apertura de la licitación como del correspondiente pliego de

condiciones es procedente, en este caso, en consideración a que se trata de actos administrativos precontractuales susceptibles de ser demandados a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

La conclusión que se deja expuesta encuentra sustento normativo expreso en la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo el artículo 32 de la Ley 446, expedida en el año de 1998, a propósito de cuyos alcances la Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades.

Basta pues con verificar que tanto el acto administrativo que ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 que profirió el Director de la Comisión Nacional de Televisión, como el correspondiente Pliego de Condiciones de esa misma licitación pública corresponden, precisamente, a la clase de actos administrativos que son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad, “proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual”, a los cuales hace referencia expresa el inciso segundo (2º) del citado artículo 87 del C.C.A., amén de que esa es concretamente la acción que en esta ocasión se ha ejercido por parte del respectivo demandante, para que la Sala concluya entonces acerca de la procedibilidad de la referida acción de nulidad.

2.2. La caducidad de la acción.

Tal como ya se mencionó, la demandada Resolución 2010-380-000481-04 del 7 de mayo de 2010 expedida por {}{} la Comisión Nacional de Televisión y el correspondiente Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, cuya apertura dispuso esa misma entidad, son susceptibles de ser demandados judicialmente a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo importa precisar que, en cuanto se trata de actos administrativos pre-contractuales, el ejercicio de las acciones referidas se encuentra sometido a las reglas especiales que contiene el actualmente vigente artículo 87 del C.C.A., entre las cuales se incluye el término de caducidad de 30 días que se computará a partir de la correspondiente comunicación, notificación o publicación, según sea el caso.

Así rezan los dos primeros incisos del tantas veces citado artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la Ley 446:

“ARTÍCULO 87.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 17. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 32. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

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. (...).”

En este sentido conviene precisar que si bien en el presente caso en el expediente no obra constancia alguna acerca de la fecha exacta de publicación de los actos demandados

–publicación que si se realizó y se efectuó a través del Portal Único de Contratación, amén de que la naturaleza de tales actos permite descartar, en principio, la procedencia o la necesidad de que su respectiva eficacia estuviere sometida a su comunicación o a su notificación, actuaciones éstas respecto de las cuales tampoco existe acreditación alguna–, lo cierto es que aun en el evento de tomar como punto de partida, para el cómputo del término de caducidad de la acción de nulidad, la fecha de expedición de la demandada Resolución No. 2010-380-000481-4, la cual no podría ser posterior en modo alguno a la publicación del también demandado Pliego de Condiciones, comoquiera que la publicación de dicho Pliego se ordenó realizar en el Portal Único de Contratación, precisamente, a través del artículo tercero de la referida Resolución No. 2010-380-000481-4, aun en ese evento, bueno es precisarlo, hay lugar a concluir que la demanda correspondiente fue presentada en tiempo.

Ciertamente, si se asume que –como lo evidencia y lo señala el texto mismo de la Resolución No. 2010-380-000481-4–, la expedición del demandado acto administrativo que ordena la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010 tuvo ocurrencia el día 7 de mayo del presente año, se tiene entonces que el plazo de los 30 días que la ley establece para que opere la caducidad de la acción de nulidad –30 días que naturalmente deben considerarse hábiles, de conformidad con lo previsto en los artículos 121 del C. de P. C

, y 70 del Código Civil subrogado por el artículo 62 del C. de R. P. y M– es un plazo que vencía a la media noche del día 23 de junio de 2010 y dado que la demanda se radicó antes de que feneciere dicho término, concretamente durante el transcurso del señalado 23 de junio, es dable concluir entonces que la acción se ejerció de manera oportuna.

Y en modo alguno habría lugar a computar el término de caducidad de la acción que aquí se ha ejercido con base en las disposiciones consagradas en el citado artículo 87 del C.C.A., a partir de los días “20 de abril de 2.010” o “26 de abril de 2.010”, fechas señaladas en el artículo 2º de la demandada Resolución No. 2010-380-000481-4 como aquellas en las cuales deberá (en el futuro) –o acaso ha debido (en el pasado)– hacerse la “Publicación de Avisos en Diarios de Amplia Circulación”, entre otras, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque no deja de resultar extremadamente llamativo y hasta incongruente verificar que antes de que se hubiere ordenado siquiera la apertura de la Licitación Pública No. 002 de 2010, ya se hubiere anunciado, divulgado y/o publicitado, de manera formal y oficial, la apertura de una licitación cuya orden no se había impartido aun, puesto que, bueno es reiterarlo, dicha decisión únicamente se adoptó con posterioridad a esas fechas, esto es en mayo 7 de 2010;

En segundo lugar porque resulta evidente que aunque las fechas aludidas son anteriores a la fecha de expedición de la Resolución demandada, mal podría computarse la caducidad de la acción de nulidad impetrada contra dicho acto administrativo desde antes de que el mismo fuere proferido;

En tercer lugar, porque aun en el evento en que se llegare a considerar que la publicación del acto administrativo demandado, por medio del cual se ordenó la apertura de la referida Licitación No. 002 de 2010, se cumpliera únicamente a través de los avisos que se dispone incluir en diarios de amplia circulación, aun así habría que concluir que en el presente caso no operó la caducidad de la acción que se ha ejercido, puesto que en tal hipótesis habría que asumir también que tal publicación únicamente quedaría completa cuando se divulgaren todos los avisos, incluido el tercero –de otra manera carecería de sentido que se ordenaren todos ellos, puesto que con el de una sola fecha bastaría–, y ocurre que la fecha señalada para el último y tercer aviso se

previó para el día 10 de mayo –con posterioridad a la expedición de la Resolución demandada–, por manera que si a partir de ese último día se contabilizara el término de los 30 días, naturalmente se mantendría inmodificable la conclusión anunciada en el sentido de que la demanda se presentó, en este caso, dentro de la oportunidad establecida en la ley.

Como consecuencia de lo expuesto, dado que la demanda se presentó de manera oportuna y, además, cumple con los requisitos exigidos por los artículos 137 y siguientes del C.C.A.

, relacionados con el contenido de la demanda, sus anexos, la individualización de las pretensiones y la presentación personal de la demanda, se admitirá.

3. Suspensión provisional.

3.1. Condiciones de procedibilidad.

Esta medida cautelar está consagrada en el artículo 238 de la Constitución Política y tiene por objeto detener los efectos de los actos administrativos que sean abiertamente ilegales por confrontación directa con el ordenamiento jurídico superior que se señala infringido en la demanda. Así lo preceptúa expresamente la norma constitucional: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá **suspender provisionalmente**, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, **los efectos** de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

El artículo 152 del C.C.A., modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, desarrolló el anterior mandato en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.”

En relación con la ilegalidad del acto, el Consejo de Estado ha precisado que ésta debe ser evidente y deducible de la sola comparación entre el acto demandado y el ordenamiento jurídico superior que se indicó como infringido en la solicitud o a través de documentos públicos.

En consideración al objeto de la medida cautelar, la Corporación también ha señalado que, como su finalidad consiste en detener los efectos de los actos demandados cuando resulten abiertamente ilegales por confrontación directa con el ordenamiento jurídico superior, para su procedencia es necesario que el acto cuya suspensión se solicita no ha haya producido sus efectos o no los haya producido totalmente, toda vez que no tendría sentido suspender disposiciones que en la actualidad no producen efectos jurídicos porque hubieren sido derogadas o suspendidas.

3.2. Caso concreto.

El fundamento que esgrimió el demandante para solicitar la medida cautelar de suspensión provisional consiste en sostener que el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 contraría lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en consideración a que autoriza la adjudicación del contrato a través de la subasta a un único proponente que resulte habilitado, mientras que la regla especial para el proceso de asignación del espectro radioeléctrico por medio de dicho mecanismo –subasta– exige pluralidad de interesados.

En otras palabras, señaló que para la adjudicación de la concesión para operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional se debe seguir el procedimiento de selección especial regulado en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y no el previsto de manera general en el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, circunstancia que implica necesariamente la pluralidad de ofertas sin que pueda adjudicarse a un único proponente habilitado.

Para establecer si los actos demandados vulneran el ordenamiento jurídico superior, es necesario analizar el contenido de éstas así como de la norma legal que se señala como infringida:

3.2.1. Los actos demandados.

3.2.1.1. El acto de apertura de la licitación pública 002 de 2010:

Por medio de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, el Director de la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la licitación pública 002 de 2010, en los siguientes términos:

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

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

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

ACTIVIDAD	FECHA
Publicación de Avisos en diarios de Amplia Circulación	Publicación No. 1:20 de abril de 2010
Publicación No. 2: 25 de abril de 2010	
Publicación No. 3: 10 de mayo de 2010	
Acto Administrativo de Apertura	7 de mayo de 2010
Audiencia de Riesgos (Numeral 4.2. del Pliego)	10 de mayo de 2010 a las 8:30 a.m.
Plazo de la Licitación (Término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre)	13 de mayo de 2010 a las 8:00 a.m. al 3 de junio de 2010 a las 4:00 p.m.
Audiencia de Aclaraciones del Pliego (Numeral 4.3. del Pliego)	18 de mayo de 2010 a las 8:30 a.m.
Fecha límite para recibir preguntas y solicitudes de aclaración del Pliego (Numeral 4.1. del Pliego)	25 de mayo de 2010
Audiencia de Cierre de la Licitación y Apertura del Sobre No. 1 (Numeral 4.5. del Pliego)	3 de junio de 2010 a las 4:00 p.m.
Elaboración del Informe de Verificación y Evaluación (Numeral 4.6. del Pliego)	4 de junio de 2010 al 25 de junio de 2010
Publicación del Informe de Verificación y Evaluación y Plazo para presentar Observaciones (Números 4.6.1. y 4.6.2. del Pliego)	28 de junio de 2010 al 6 de julio de 2010
Publicación de las Observaciones presentadas al informe de Verificación y Evaluación y Plazo para presentar Contraobservaciones (Numeral 4.6.3. del Pliego)	7 de julio de 2010 al 9 de julio de 2010
Audiencia de Subasta Presencial y Adjudicación (Numeral 4.9.1. del Pliego)	22 de julio de 2010 a las 8:30 a.m.

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

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

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

ARTÍCULO QUINTO. Integrar el Comité Evaluador y Asesor, compuesto por la Secretaría General –quien lo coordinará– y los jefes y subdirectores de cada una de las siguientes dependencias: Subdirección de Asuntos Legales, Subdirección Técnica y de Operaciones, Subdirección Administrativa y Financiera, Oficina de Planeación, Oficina de Regulación de la

Competencia, y Oficina de Contenidos y Defensa del Televidente, o por quienes hagan sus veces, el cual, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, verificará y evaluará las Propuestas conforme a los términos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones.

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

La Comisión Nacional de Televisión explicó en el acto de apertura que la adjudicación de un tercer canal de televisión es una forma de brindar una nueva opción de televisión a la población colombiana y un instrumento para asegurar la generación de recursos que garanticen la sostenibilidad del sector y el mantenimiento y la expansión de la red pública de televisión.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que se trata de una concesión a un operador nacional de televisión, la Comisión Nacional de Televisión indicó en el acto de apertura de la licitación, que para la selección del contratista resultaba indispensable adelantar una licitación pública a la cual le sería aplicable el mecanismo de subasta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 de la Ley 182 de 1995 y 72 de la Ley 1341 de 2009.

Señaló igualmente la Comisión Nacional de Televisión en dicho acto, que durante el año 2009 se adelantó el proceso de la licitación pública 001 cuya apertura se ordenó a través de la Resolución 1210 del 29 de octubre de 2009 y que, antes de la fecha de cierre de la licitación, la Procuraduría General de la Nación solicitó la revocatoria del acto de apertura, solicitud que acogió la CNTV; que luego de efectuar los respectivos ajustes, publicó un nuevo proyecto de pliego de condiciones, el cual fue objeto de varias observaciones las cuales fueron atendidas, razón por la cual, una vez cumplidos los requisitos previos exigidos por la ley, había lugar a la apertura del nuevo proceso de selección (fols. 16 a 20).

3.2.1.2. El pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 y sus adendas modificatorias:

A continuación, la Sala procederá a resaltar los aspectos incluidos en el pliego de condiciones que están directamente relacionados con el cargo:

En el pliego de condiciones se explicó que el objeto de la licitación lo constituye la adjudicación del contrato de concesión para la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional, cuyo régimen legal se delimitó en los siguientes términos:

“1.6. Régimen Legal de la Licitación y el Contrato.

El marco legal de la presente Licitación y del Contrato que se derive de su Adjudicación, cuya minuta se incluye como Anexo No. 1 del presente Pliego de Condiciones, está integrado por la Constitución Política y por las Leyes de la República de Colombia, y en especial por las Leyes 80 de 1993, modificada y adicionada por la Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios; 182 de 1995, 335 de 1996, 506 de 1999, 680 de 2001 y 1341 de 2009 y demás normas que las modifiquen, adicionen o reglamenten. Así mismo, por el Código Civil y el Código de Comercio, por los Acuerdos y Resoluciones de la Comisión Nacional de Televisión y por las demás normas concordantes que rijan o lleguen a regir el servicio de televisión”.

En el pliego de condiciones se determinó igualmente tanto la modalidad del proceso de selección

–licitación pública– como el mecanismo de selección a propósito del cual se precisó que se haría a través de subasta, en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Agregó que para tal efecto se tendría en cuenta lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 7 de octubre de 2009, así:

“1.7. Modalidad del Proceso de Selección.

El presente proceso de selección se realizará bajo la modalidad de Licitación Pública prevista en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, así como con lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de octubre de 2009 (Radicado 1966), y se adjudicará mediante el mecanismo de subasta de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009”

En cuanto a las condiciones de participación en la licitación, específicamente en lo que atañe con los requisitos habilitantes, en el pliego de condiciones se dispuso:

“2.1. REQUISITOS HABILITANTES (SOBRE No. 1)

El Proponente deberá acreditar con su Propuesta el cumplimiento de las exigencias que se establecen a continuación, sin perjuicio de una nueva y posterior verificación de algunas de ellas una vez quien resulte Adjudicatario se haya convertido en una sociedad anónima con no menos de trescientos (300) accionistas, o en el caso del Adjudicatario que ya tenga la condición de sociedad anónima, una vez haya incrementado el número de sus accionistas a un mínimo de trescientos (300) en los términos previstos en el capítulo V de este Pliego de Condiciones.

2.1.1. Inscripción del Proponente en el RUO.

De conformidad con lo establecido en la Ley 182 de 1995, en particular en su artículo 48, y de acuerdo con lo dispuesto en los Acuerdos No. 001 y No. 002 de 2008 de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, sólo podrán participar en la Licitación y presentar Propuestas las personas jurídicas que se encuentren debidamente calificadas, clasificadas e inscritas en el RUO para aspirar a ser Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional. De conformidad con lo anterior, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, los actuales concesionarios de canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional no podrán participar en el presente proceso licitatorio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Código Contencioso Administrativo, el Proponente no tendrá que aportar ningún documento para la acreditación de este requisito, el cual se verificará directamente por la Comisión Nacional de Televisión”.

En el pliego de condiciones también se determinaron los criterios de selección para la adjudicación de la concesión y el procedimiento a seguir en caso de empate:

“2.2. CRITEROS DE SELECCIÓN.

El ofrecimiento más favorable para la Comisión Nacional de Televisión se determinará por la ponderación de los elementos de calidad y precio de conformidad con lo establecido en el literal a) del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.

La fórmula de determinación de la oferta más favorable será la evaluación comparativa de las

Propuestas, de la siguiente manera:

Con la presentación de la Propuesta, el Proponente se compromete a cumplir todas las obligaciones contractuales que se establecen en la minuta del Contrato. Dichas obligaciones incorporan las exigencias mínimas admisibles para la Comisión que se derivan de la ley, particularmente en materia de calidad del diseño técnico, capacidad de inversión para el desarrollo del mismo, capacidad para cubrir áreas no servidas, número de horas de programación, número de horas de programación nacional, viabilidad económica del servicio, capacidad para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, y variedad de la programación.

Como consecuencia de lo anterior, se entenderá que la Propuesta que presente cualquier Proponente Habilitado que cumpla con los requisitos establecidos en este Pliego cumplirá con los requisitos de idoneidad y calidad, y que es adecuada para los fines y funciones del servicio público de televisión. Ese factor de calidad se ponderará con el factor económico que resulte de la subasta, así:

Los Proponentes Habilitados deberán ofertar el pago de un valor adicional al Precio Base de la Concesión expresado en Pesos (primera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido), con indicación del mismo en letras y números. Dichas ofertas se presentarán en la Audiencia de Subasta Presencial y Adjudicación.

El Proponente que oferte la menor suma de dinero en su primera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido no podrá presentar nuevas Ofertas, salvo en el evento en que, de acuerdo con el Informe Final de Verificación y Evaluación, sólo existan dos (2) Proponentes Habilitados. Los demás Proponentes Habilitados podrán presentar hasta dos nuevas Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegido en los términos previstos en el numeral 4.9.1. de este Pliego de Condiciones.

Con la presentación de cada Oferta Económica para Competir y Ser Elegido en la Audiencia de Subasta Presencial y Adjudicación, el Proponente se obliga por ese sólo hecho al pago de esa nueva Oferta, la cual se entiende que reemplaza en un todo cualquier otra Oferta Económica presentada por el mismo Proponente, bajo el entendido que nunca podrá desmejorarse la anterior Oferta presentada.

La primera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido que presenten los Proponentes Habilitados podrá realizarse por la suma de dinero que estimen los Proponentes sin ninguna restricción en cuanto a su monto. Los lances siguientes (Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegido posteriores a la primera) deberán hacerse por una suma de dinero superior a la Oferta Económica para Competir y Ser Elegido más alta presentada por cualquiera de los Proponentes Habilitados en el lance inmediatamente anterior.

2.2.1. Orden de Elegibilidad.

El primer lugar del orden de Elegibilidad se asignará al Proponente que haya ofertado la mayor suma de dinero en su tercera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido (o de ser el caso, porque se presente la situación señalada en el literal k) del numeral 4.9.1. de este Pliego de Condiciones, el Proponente que haya ofrecido la mayor suma de dinero en su segunda Oferta Económica para Competir y Ser Elegido). El segundo lugar se asignará al otro de los Proponentes que haya presentado una tercera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido. En el tercer lugar del Orden de Elegibilidad se ubicará el Proponente que por haber presentado la

primera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido más baja, no tuvo la posibilidad de presentar nuevas Ofertas.

2.2.2. Empate y Forma para Dirimirlo.

Se entenderá que existe un empate cuando dos o más Proponentes Habilitados ofrezcan idéntica suma de dinero en su primera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido. En este caso, la determinación de cuáles son los dos (2) Proponentes Habilitados que pueden presentar nuevas Oferta (s) Económica (s) para Competir y Ser Elegido, se hará así:

a) En el evento en que la suma más alta sea ofrecida por dos Proponentes Habilitados, éstos serán los dos Proponentes que podrán presentar nuevas Oferta Económica para Competir y Ser Elegido.

b) Cuando el empate se presente en tres (3) Proponentes Habilitados, o en el evento en que la suma más baja sea ofrecida por dos (2) Proponentes Habilitados, los tres (3) Proponentes Habilitados deberán presentar una nueva Oferta Económica para Competir y Ser Elegido, y los dos (2) Proponentes Habilitados que presenten las Ofertas más altas, serán quienes podrán presentar nuevas Oferta Económica para Competir y Ser Elegido.

En caso que aplicado este criterio dos Proponentes ofrezcan la suma más baja, y por ende subsista un empate entre ellos dos, éste se dirimirá por sorteo mediante balotas a favor del Proponente empatado que saque la balota con el número más alto. De igual manera, cuando presentada la nueva Oferta Económica para Competir y Ser Elegido, se presente un empate entre los tres (3) Proponentes Habilitados, el empate se dirimirá por sorteo mediante balotas a favor de los dos (2) Proponentes Habilitados que saquen las balotas con los dos números más altos.

Se entenderá que también existe empate cuando presentada la tercera Oferta Económica para Competir y Ser Elegido, los dos (2) Proponentes ofrezcan idéntica suma de dinero. En este evento, el empate se dirimirá mediante la Presentación de una nueva Oferta Económica para Competir y Ser Elegido. En caso que aplicado este criterio subsista el empate, se dirimirá por sorteo mediante balotas, en el que obtendrá el primer lugar del Orden de Elegibilidad el Proponente empatado que saque la balota con el número más alto”.

El procedimiento establecido en el pliego de condiciones para la audiencia de subasta presencial y la adjudicación implica la participación de varios proponentes habilitados quienes presentarán las Ofertas Económicas para Competir y Ser Elegidos. En el evento en el cual no se presenten propuestas o ninguna cumpla con los requisitos exigidos, se declarará desierta la licitación.

No obstante lo anterior, en el pliego de condiciones se previó la posibilidad de adjudicar la licitación a un único proponente habilitado:

“4.11. Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Único.

De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una Propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.

En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de

la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de \$113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de \$103.409.000.000 más \$10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido” (fols. 57 a 185).

Por medio de las Adendas Nos. 1, 2 y 3 se modificó el pliego de condiciones en lo que atañe al cronograma de la licitación (numeral. 1.17 del pliego de condiciones).

3.3. Análisis del cargo.

Como ya se indicó, el demandante, al solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, alega que el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 contraría lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en consideración a que autoriza la adjudicación del contrato a un único proponente que resulte habilitado mediante el mecanismo de subasta, mientras que la regla especial para el proceso de asignación del espectro radioeléctrico exige pluralidad de interesados cuando se opta por dicho mecanismo de adjudicación.

El demandante hizo referencia a los Conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a propósito de la consulta elevada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones, acerca de la pluralidad de oferentes en la adjudicación del tercer canal de televisión y solicitó tenerlos en cuenta a efectos de decidir acerca de la medida cautelar solicitada. Dichos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se relacionan a continuación.

En el Concepto 1966 del 5 de octubre de 2009, la Sala absolvió las inquietudes planteadas por dicho Ministerio en los siguientes términos:

“1. ¿La concurrencia de concesiones a la que se refiere el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, representa inhabilidades que se predicen del proponente y deben verificarse al momento de presentar su propuesta, o son de quien vaya a ser concesionario y, por lo tanto, deberán verificarse al momento de la suscripción del respectivo contrato de concesión?

O dicho de otra manera, ¿les está prohibido presentar propuesta en la licitación de un canal nacional de operación privada a quienes hoy tienen la calidad de concesionarios o son socios de canales locales?

Respuesta: Las prohibiciones contenidas en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, no son causales de inhabilidad para contratar sino que comportan la imposibilidad de ser simultáneamente titular de más de una concesión de televisión.

Por tanto, quienes en la actualidad son concesionarios de espacios de televisión, o de canales locales, o socios de éstos, podrán participar en el proceso de adjudicación de un tercer canal de televisión nacional de operación privada, pero deberán renunciar a las concesiones de las cuales sean titulares en caso de resultar adjudicatarios.

2. De conformidad con el marco legal vigente, especialmente lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y los fines de la prestación del servicio de televisión contemplados en la Ley

182 de 1995 ¿la subasta es el único mecanismo de selección objetiva por el cual se debe adelantar el proceso de adjudicación de un tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional, o puede la CNTV acudir a otros mecanismos que garanticen la selección objetiva más favorable?

Respuesta. La Comisión Nacional de Televisión no está obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal privado de operación abierta de cobertura nacional; el uso de ese mecanismo es facultativo y en caso de acudir a él deberá hacerse en concordancia con el deber que le asiste a la Comisión de tener en cuenta también los criterios de adjudicación previstos en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995.

3. ¿De conformidad con el marco legal vigente, el otorgamiento de una concesión para la operación del servicio público de televisión debe hacerse a través de un proceso público de selección en el que únicamente se tenga como factor de evaluación el mayor precio ofrecido, o por el contrario debe en todo caso incluirse en el proceso de selección factores que permitan la evaluación de los criterios adicionales a los que expresamente se refiere el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, entre otros, mayor número de horas de programación nacional, programación más ventajosa para el interés público, pluralidad de ideas, diversificación de informaciones?

Respuesta. De conformidad con el marco legal vigente, el precio no puede ser el único factor de selección de los concesionarios de canales nacionales de operación privada, pues en todo caso se deberán tener en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en la Ley 182 de 1995”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil analizó las disposiciones Constitucionales y Legales que rigen los procesos de adjudicación del espacio electromagnético y concluyó que se debe garantizar la participación de un número plural de oferentes, al tiempo que puntualizó que dichos procedimientos administrativos se deben adelantar a través de la licitación pública mediante cualquier mecanismo de selección, entre ellos la subasta, máxime cuando el ofrecimiento de la concesión de un nuevo canal de televisión no corresponde a un procedimiento de selección contractual común sino eventual, sujeto a la discrecionalidad del Estado y en cualquier caso con primacía del interés general por la naturaleza del bien que se ofrece.

En esa oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció igualmente acerca del carácter facultativo u obligatorio de la subasta, con la aclaración de que en ese momento no resultaba aplicable la Ley 1341 de 2009 y, con base en ello, sugirió la revisión del pliego de condiciones para adecuarlos a tales disposiciones legales. Indicó que la operación y explotación del servicio público de televisión y el uso del espacio electromagnético requiere de una concesión estatal a través de la licitación pública, la cual se podrá adjudicar a través de cualquiera de los mecanismos previstos, entre ellos la subasta; en relación con la aplicación y efectos previstos en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el cual consagra la subasta, señaló:

“I. SOBRE EL CARACTER FACULTATIVO U OBLIGATORIO DE LA SUBASTA

(...). Como se observa en su título, el artículo está dirigido a establecer reglas para los procesos de asignación del espacio electromagnético cuando existe pluralidad de oferentes. Su observancia es obligatoria, pues la ley utiliza la expresión “deberán”.

(...). Para ello, el artículo obliga en primer lugar a que previamente al inicio del proceso contractual se determine si existe o no un número plural de interesados, lo cual, en caso de la televisión, se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO (art.182-

).

(...). En el mismo sentido, conforme a la doctrina económica, la subasta no se identifica necesariamente con un sistema de pujas sucesivas, que es sólo uno de los varios modelos de adjudicación o de compra de un bien por “subasta”; lo que caracteriza dicho mecanismo, como indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del precio ofrecido, ya sea en uno solo o en varios ofrecimientos

www.aep.org.ar/espa/anales/PDF_02/millan.pdf

Ahora bien, al llegar a este punto de los mecanismos de adjudicación (parte final del inciso 3°), la ley otorga un amplio margen de apreciación al utilizar la expresión “entre ellos”, la cual le otorga carácter ejemplificativo, no imperativo, a la palabra “subasta”, pudiendo entonces analizarse por la entidad concedente su procedencia o el uso de otras alternativas que permitan el logro del mismo fin (maximizar los recursos para el Estado en la asignación del espacio electromagnético), sin que necesariamente se ordene abandonar los demás criterios de selección previstos en normas especiales; de lo contrario, la ley habría dicho directamente que la adjudicación “se hará por subasta” y toda la expresión que le antecede “se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos”, carecería de todo efecto útil dentro de la norma.

(...). Por tanto, para la Sala es claro que el artículo en cuestión no impone la obligación de adjudicar por subasta el servicio de televisión (da esa alternativa si se considera viable) y mucho menos deroga los criterios de adjudicación que se establecen en la Ley 182 de 1995 para la concesión de canales nacionales de operación privada.

De hecho podría afirmarse que esa posibilidad (no obligación) de acudir a la subasta en el caso de la televisión ya era consecuencia de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 que permite (no exige) el uso de la subasta en los procesos de licitación pública, según lo considere más adecuado para los fines de la contratación la entidad pública contratant

. Ello porque, el artículo 32 de esa Ley 1150 derogó expresamente las disposiciones de la Ley 182 de 1995 “que sean incompatibles con ella” y podría afirmarse entonces que la prohibición de subasta contenida en esta última caía en ese supuesto de contradicción normativa.

(...). Visto lo anterior, la confrontación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 con lo que dispone la Ley 182 de 1995 respecto al procedimiento y criterios que deben usarse para adjudicar el servicio de televisión, lleva a la Sala a las siguientes conclusiones:

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no eliminó la licitación pública como regla general de selección de los adjudicatarios de canales nacionales de televisión privada.

Todas las modalidades de contratación (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa) son mecanismos de “selección objetiva”, es decir, obligan a que la escogencia del contratista esté separada de cualquier elemento subjetivo, de afecto o preferenci. Por tanto, el uso de esa expresión en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, aún si se entendiera que se refiere a las modalidades de contratación y no a los mecanismos de adjudicación como se señaló, vendría a ratificar antes que a derogar la exigencia de licitación pública en materia de asignación de frecuencias para la televisión, tal como lo establece originalmente la Ley 182 de 1995.

(...). En consecuencia, el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a

juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley, una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios, así como “la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones” y “el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio”. (art, 48 de la Ley 182 de 1995, literales b, l y n)

(...). En este esquema, la Sala considera que en caso de empate, donde ya se daría por sentado que ambas propuestas serían técnicamente elegibles y se encontrarían en las mismas condiciones en cuanto a las calidades de los aspirantes y de la programación ofrecida, sería posible analizar la conveniencia y viabilidad de usar mecanismos para maximizar el precio que se recibiría por la concesión, entre ellos, precisamente, la subasta.

Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala.

Posteriormente, el Ministerio de Tecnologías de la Información y de Comunicaciones solicitó la ampliación del anterior Concepto, con el fin de que se aclarara el tema acerca de la necesidad de contar con un número plural de proponentes para garantizar la legalidad de la adjudicación; la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 25 de febrero de 2010 en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Respuesta. En la medida que la actual inscripción en el RUO se encuentre dentro del periodo de

vigencia, no se haya anulado o suspendido y sus titulares no hubieren solicitado su retiro o cancelación, no existiría ningún impedimento para acudir a ese registro, en los términos de la Ley 182 de 1995.

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

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil reiteró la obligación de adjudicar los canales nacionales de televisión abierta a través de licitación pública. Con fundamento en el anterior postulado señaló que en el evento de adelantarse la licitación pública con un único oferente habilitado para la concesión del tercer canal bajo la modalidad de la subasta, se perderían los espacios de negociación que precisamente se busca lograr y la Administración estaría limitada a los términos de la oferta del único participante quien, al no tener oponentes, podría ajustar su propuesta a los mínimos requerimientos de la entidad en el pliego de condiciones.

Explicó que si bien el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 faculta a las entidades para adjudicar el contrato a un único oferente, lo cierto es que dicha disposición legal alude a la subasta inversa –en el caso de la concesión del tercer canal la subasta es ascendente- y esa posibilidad es la última opción y la residual a la cual debe acudir la Administración, la cual sólo resulta viable luego de agotados todos los recursos para garantizar la participación de varios proponentes. En todo caso, concluyó que para efecto de la adjudicación del tercer canal, las disposiciones legales aplicables son las especiales:

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

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

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

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

al estimado inicialmente en el pliego de condiciones, lo que, como pasa a verse, requiere pluralidad de oferentes.

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

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

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

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

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

Para establecer si los actos demandados vulneran el ordenamiento jurídico superior, la Sala confrontará a continuación el numeral 4.11 del pliego de condiciones y el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009:

Numeral 4.11. del Pliego de Condiciones	Artículo 72 de la Ley 1341 de 2009
<p>“4.11. Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Único.</p> <p>De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una Propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.</p> <p>En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de \$113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de \$103.409.000.000 más \$10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y Ser Elegido.</p>	<p>“ARTÍCULO 72. REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:</p> <p>Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.</p> <p>En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.</p> <p><Apartes tachados INEXEQUIBLES y subrayados CONDICIONALMENTE exequible'> <u>Quando prime et interés generat, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura,</u> el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa.</p>

De la comparación entre el aparte del pliego de condiciones acusado y la norma superior que se indica transgredida, la Sala advierte que mediante el demandado pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión contempla y/o autoriza la adjudicación de la concesión a través del mecanismo de **subasta** aún cuando sólo hubiere un único proponente habilitado, circunstancia que contraría abiertamente lo dispuesto por la Ley.

En efecto, los contratos para la concesión de canales de televisión privados y para la prestación de los servicios de televisión por cable se celebran previo procedimiento de licitación pública y están gobernados por el régimen especial contenido en las Leyes 182 de 1995 (derogada en lo pertinente por la Ley 1150 de 2007) y 1341 de 2009, tal como se señaló en el Pliego de Condiciones y en el Acto de Apertura de la Licitación Pública 002 de 2010.

Cabe precisar que la **subasta** no es un mecanismo de adjudicación obligatorio para estos casos, pues como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil y como se advierte del contenido del

artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la Administración está obligada a aplicar un procedimiento de selección objetiva, dentro de los cuales puede elegir la **subasta**, sin que su elección resulte imperativa para la adjudicación de la concesión del tercer canal.

No obstante lo anterior, si la entidad pública opta por la aplicación de la **subasta** como mecanismo de selección, por su propia voluntad, resulta claro que tendrá que sujetarse a las disposiciones especiales que la regulan para estos casos, figura que por su propia naturaleza exige la pluralidad de oferentes.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que uno de los fines de la subasta es el de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, objetivo que no se lograría si participara un único oferente, puesto que se desnaturalizaría la **subasta** como mecanismo de adjudicación, en tanto no podría desarrollarse con un único participante toda vez que existiría una sola propuesta económica, la cual obviamente no podría competir y menos pujar contra sí misma.

En este caso, la Comisión Nacional de Televisión optó por la **subasta**, tal como lo estableció en el pliego de condiciones, al señalar que el mecanismo de selección para la adjudicación de la concesión sería el de la **subasta de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009**, circunstancia que la obliga a exigir y a respetar el requisito consistente, para este caso, en la pluralidad de oferentes, tal como se desprende con claridad de dicha disposición legal.

Basta recordar el contenido del numeral 1.7 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública en mención, para concluir que la Comisión Nacional de Televisión previó y escogió el mecanismo de la **subasta** como aquél aplicable para la adjudicación y destacó que, para tal efecto, se tendría en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto que esa Corporación emitió el 7 de octubre de 2009, según el cual, como ya se mencionó, resulta necesaria y obligatoria la pluralidad de ofertas desde el inicio del procedimiento administrativo de la licitación pública e incluso hasta el cierre de la licitación misma.

Así reza el referido numeral 1.7 del Pliego de Condiciones:

“1.7. Modalidad del Proceso de Selección.

El presente proceso de selección se realizará bajo la modalidad de Licitación Pública prevista en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, así como con lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de octubre de 2009 (Radicado 1966), **y se adjudicará mediante el mecanismo de la subasta de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009**”. (Resaltado por fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el demandado numeral 4.11 del Pliego de Condiciones infringe abiertamente el contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Cabe precisar que la contratación para la concesión de canales de televisión privados se encuentra sometida a un régimen especial y, por lo tanto, de aplicación preferente.

Con fundamento en lo anterior, para la Sala resulta evidente que el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones contraría abiertamente el marco legal al cual debe sujetarse porque modifica la regla especial contemplada en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 cuando se opta por la **subasta**

como mecanismo de adjudicación, razón por la cual se decretará la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010 cuya apertura dispuso la Comisión Nacional de Televisión.

En cuanto al contenido de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, por medio de la cual la Comisión Nacional de Televisión ordenó la apertura de la Licitación Pública 002 de 2010, la Sala no observa de entrada una ilegalidad abierta o grosera en relación con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2010 y considera que el respectivo estudio deberá realizarse al momento de dictar sentencia, a través de la valoración del material probatorio y del estudio integral de las normas que regulan el asunto, puesto que en esta oportunidad procesal no se tienen elementos suficientes que permitan deducir una ilegalidad tal que amerite su suspensión provisional.

Por lo expuesto, se

III. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda interpuesta en ejercicio de la acción pública de nulidad por el ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala.

SEGUNDO: NOTIFICAR PERSONALMENTE al señor Director de la Comisión Nacional de Televisión en los términos del artículo 150 del C.C.A.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE al señor Agente del Ministerio Público como lo señala el artículo 207 del C. C. A.

CUARTO: FIJAR como gastos del proceso la suma de cien mil pesos (\$100.000.00) a cargo de la parte actora.

QUINTO: FIJAR en lista por el término de diez (10) días.

SEXTO: Por Secretaría, REQUERIR a la entidad demandada para que aporte al proceso los antecedentes administrativos dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.

SÉPTIMO: Por tratarse de una acción pública, RECONOCER PERSONERÍA al ciudadano Jaime Omar Jaramillo Ayala para actuar a nombre propio.

OCTAVO: DECRETAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010 expedido por la Comisión Nacional de Televisión.

NOVENO: NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO

PRESIDENTA

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC