

COMISION NACIONAL DE TELEVISION – Naturaleza jurídica / ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO – Definición / ACTO DE APERTURA DE LA LICITACION Y PLIEGO DE CONDICIONES – No conforman un acto administrativo complejo / PLIEGO DE CONDICIONES – Acto administrativo de carácter general / ACTO DE APERTURA DE LA LICITACION – Es susceptible de ser demandado cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o cuando ponga fin al procedimiento del cual hace parte / ACTO DE TRAMITE – No es objeto de la acción de nulidad

La CNTV fue uno de los organismos autónomos e independientes establecidos en la Constitución Política de 1991. De conformidad con el derogado artículo 76 constitucional, en concordancia con el texto original del artículo 77 de la Constitución Política, dicho organismo se instituyó como de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que estaba sujeto a un régimen legal propio, y le correspondía por la época de los hechos de la demanda la dirección de la política que en materia de televisión le determinara el legislador, para lo cual podía expedir los actos administrativos de carácter general o particular que fueren del caso, controlables en su constitucionalidad y legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único. La anterior hipótesis, a todas luces no es la que se configura en el caso que nos ocupa, en donde una misma autoridad es la que ha proferido las dos disposiciones dentro de una misma actuación administrativa procesal, como instrumentos necesarios y concatenados dentro del trámite tendiente a la selección de un contratista para la correspondiente entidad estatal, sin que pierdan su identidad, generando una unidad de contenido y de fin integrándose en un acto único, como lo sostiene erróneamente el demandante. En consecuencia, a juicio de la Sala no le asiste razón al demandante, pues en este caso la voluntad de la Administración está vertida en dos manifestaciones de la administración que nacen a la vida jurídica de forma separada e independiente, el uno el acto de apertura y el otro sustancialmente diverso como lo es el pliego de condiciones. En relación con los pliegos de condiciones, de manera pacífica esta Corporación ha entendido que comparten la naturaleza de verdadero acto administrativo de carácter general, y en cuanto al acto de apertura, se le ha considerado por regla general como simple acto de trámite. Precisamente en cuanto a la naturaleza del Pliego de Condiciones como acto precontractual, esta Corporación ha mantenido su postura señalando que se trata de un acto administrativo de contenido general, es decir, una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas sujeto a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa mediante la acción de nulidad. Ahora, frente al acto de apertura de la licitación, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que se trata de un acto de mero trámite y, por tanto, en principio no podría ser impugnado autónomamente pues, por regla general, sólo serían demandables ante esta jurisdicción los actos definitivos, esto es, los que ponen fin a un procedimiento administrativo, o los actos que crean situaciones jurídicas. En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha clarificado desde tiempo atrás que si bien el acto de apertura de la licitación es de mero trámite, lo cual lo excluiría en principio de ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo previsto en los artículos 49, 50 y 135 del C.C.A., lo cierto es que

en algunas ocasiones resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal. Para el caso concreto del estudio y análisis de la resolución de apertura 2010-380-000481-4 se observa que la misma simplemente cumple con las exigencias formales de todo acto de impulso inicial de un procedimiento especial de carácter contractual, en relación con el cual, por lo tanto, no puede hacerse juicio alguno de carácter material en relación con posibles restricciones a la participación de interesados, o violación a principios como los de igualdad o transparencia o en general a los principios y reglas que nuestro ordenamiento jurídico prevé para los asuntos relativos a la contratación estatal. En realidad, en lo que se refiere a esta resolución, la Sala se encuentra ante un clásico y típico acto de mero trámite que, como ya se indicó, carece totalmente de los elementos necesarios para ser considerada objeto de una acción de nulidad, tal como lo propone el demandante, y por ende no tiene vocación sustancial para ser objeto de controversia o litigio puesto que en sí misma no concurren las exigencias de los precedentes analizados para ser materia de un debate procesal.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 40 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 50 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 135

LEY 1341 DE 2009 – Alcance / ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Pluralidad de interesados en la banda o frecuencia correspondiente para iniciar válidamente cualquier proceso de selección de contratista. Concurrencia plural de interesados / TELEVISION DE OPERACION PRIVADA Y DE CUBRIMIENTO NACIONAL – Servicio público que no puede ser objeto de un simple proceso de asignación o de concesión / PLURALIDAD DE INTERESADOS – Tiene relación con la maximización de recursos del Estado / PLURALIDAD DE INTERESADOS – Para la asignación del espectro electromagnético no constituye un mero requisito formal / SUBASTA – La pluralidad es uno de sus presupuestos

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 contiene disposiciones de carácter especial a través de las cuales y con sujeción a inobjetable principios de raigambre constitucional, se establecen reglas imperativas, precisas y claras, configuradoras de los procesos administrativos de asignación del espectro electromagnético -bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico-, transparentes y pluralistas, que tienen por finalidad la maximización de los recursos públicos, esto a través de la competencia que se genera a partir de una amplia participación de todos los actores del mercado interesados en el acceso al mismo. Dados estos caracteres, surge de manera evidente que es de la esencia misma de su configuración, el respeto y operatividad, por parte de la administración, de caros principios constitucionales como los de la libre competencia, concurrencia, pluralismo democrático participativo y transparencia, lo que se refleja de manera indiscutible en la regla de procedibilidad del inciso segundo de la disposición, al exigir la verificación o determinación de la existencia de una pluralidad de interesados en la banda o frecuencia correspondiente, para iniciar válidamente cualquier proceso de selección de contratista de esta naturaleza. Exigencia que no constituye un mero requisito formal o del arbitrio del legislador, sino por el contrario, una talanquera legal para evitar procesos de selección carentes de la sustantividad pluralista y participativa necesaria en relación con un bien tan preciado, valioso y vital para la vida de la colectividad nacional como lo es el espectro electromagnético, en especial, cuando de por medio está la asignación de un servicio público de absoluto interés público, como lo es el de la televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, que por su misma naturaleza y magnitud, no puede ser objeto de un simple proceso de asignación o de concesión por fuera de los más elementales marcos que la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en

concordancia con el postulado también constitucional de la libre competencia económica, reclaman para la contratación pública, como es, el conformado por los principios de concurrencia, pluralidad, igualdad y no discriminación, que deben ser garantizados siempre por la administración pública en todos sus niveles. Se deduce sin mayor complicación entonces que la exigencia de pluralidad de interesados guarda relación directa e inevitable con la también exigencia normativa de la maximización de recursos para el Estado, o para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, de acuerdo con la redacción de la norma; sin lo uno no se llega a lo otro. Es de la esencia misma de la subasta a que se refiere la norma, su estructuración sobre la base de los principios enunciados lo cual, se repite, emerge sin dificultad de la lectura sistemática y armónica de la misma con la cláusula del Estado social, democrático y pluralista de derecho en los términos del artículo 1 constitucional, pero también, con postulados fundamentales como los de libre competencia económica incorporados en los artículos 88 y 333 constitucionales, y recogidos en el artículo 2, numeral 2, de la misma Ley 1341 de 2009, que implica irremediamente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación tal como pasa a explicarse.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTICULO 72

LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – Derecho colectivo. Implica pluralidad de oferentes / PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA PLURAL – Objetivo. Trae como consecuencia precios reales y no artificiales / SUBASTA – Debe aplicarse el principio de igualdad / PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA / Para efectos de la prestación del servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, debe surgir de manera competitiva y no artificial / ESPECTRO ELECTROMAGNETICO – Aunque es un bien público y se permita el acceso a su uso, no implica que toda persona particular esté habilitada para ejercer tal derecho. Su acceso puede ser restringido por ley

La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir. Conforme a los desarrollos de la doctrina y los propósitos mismos de las normas señaladas, el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante En aplicación de este principio, las reglas contempladas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, deben suscitar irremediamente la concurrencia, conclusión que a simple vista se desprende del mismo título del artículo cuando indica que se están incorporando reglas, “para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados”, idea rectora que se retoma en los desarrollos mismos del artículo en cuestión al exigir la determinación previa de la existencia de pluralidad de interesados para iniciar los proceso de selección correspondiente. El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 funda su preceptiva sobre este principio, no solo al tener como punto de partida para su aplicabilidad la pluralidad de interesados, sino también, de manera principal y directa, cuando esa pluralidad se requiere para que a través de la confrontación de estos actores, surjan precios que maximicen los recursos para el Estado, luego

el precio a pagar por los interesados en acceder al uso y explotación del espectro electromagnético – bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico – para efectos de la prestación del servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, debe siempre surgir de manera competitiva y no artificial, o a partir de criterios diferentes al de la conformación dinámica del mismo. Resulta por lo demás obvio destacar que los procesos de selección, cualquiera que sean ellos, en especial el de subasta, debe estar dominado por el principio de igualdad, no solo de concurrencia, que para el caso lo sería plural, dada las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sino también, en la competencia conformadora del precio “maximizado” para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, tal como lo ordena la norma. La no presencia de pluralidad de oferentes en la subasta rompe en consecuencia con el principio de igualdad, y significaría la adopción de formas encubiertas de discriminación perturbadoras sustancialmente de los propósitos definidos en el artículo 72 de la Ley 1341 para la subasta. Es dable destacar, como lo expuso el Consejo de Estado, que a la luz del artículo 75 constitucional, el hecho de que el espectro electromagnético sea un bien público y se permita el acceso a su uso, no implica que toda persona particular esté habilitada para ejercer tal derecho, puesto que la viabilidad jurídica de las solicitudes que en tal sentido se eleven, están supeditadas a los preceptos legales que no resulten incompatibles con la Carta Política de 1991, sino que por el contrario, permitan hacer efectivo el acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones y que eviten las prácticas monopolísticas. En tal sentido, si bien el texto constitucional alude al acceso de los particulares en igualdad de condiciones, dicho acceso puede ser limitado mediante ley, habida cuenta de la especial relación entre el espectro electromagnético y los servicios públicos relativos a las telecomunicaciones. Así, el legislador puede establecer limitaciones razonables y proporcionales en aras de garantizar la capacidad legal, financiera y técnica de los futuros contratistas.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTICULO 72

SELECCION DEL CONTRATISTA – Aplicación del principio de objetividad / SELECCION OBJETIVA – Tiene como elementos la pluralidad de oferentes y la maximización de recursos

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante. Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad. Por otra parte, encuentra la Sala que de la disposición surge otro claro mandato legal y es de que dos de las variables objetivas que no pueden de manera alguna faltar para efectos de la selección objetiva son las de la pluralidad de oferentes y la de maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, ellas siempre deben jugar con todas las demás, que la estructuración y planeación del negocio recomienden, independientemente del

procedimiento adoptado, sea o subasta pública o cualquiera otro que se adopte de acuerdo con la ley. Conforme a la redacción de la disposición cualquier decisión administrativa relativa a la selección de mejor propuesta, para que se considere realmente objetiva, debe estructurarse en la consideración necesaria de estos dos factores objetivos que el legislador incluye como condicionantes para efectos de la respectiva selección.

PLIEGO DE CARGOS DE LA CNTV – Concebía un proceso de licitación en la modalidad de subasta con un único proponente habilitado / PRECIO DE LA OFERTA ECONOMICA – Fue fijado por la CNTV por fuera de los marcos de la competencia / PROPONETEN UNICO – Es contrario al sentido y alcance de la Ley 1341 de 2009 que dispone la pluralidad de proponente a partir de la libre competencia y el principio de igualdad / PRINCIPIO DE IGUALDAD – Se garantiza haciendo efectiva la competencia

El texto de la norma es claro y no llama a discusión alguna en cuanto a su alcance. Del mismo se concluye sin mayores esfuerzos hermenéuticos que la decisión de la CNTV al estructurar los pliegos, no fue otra que la de concebir un proceso de licitación en la modalidad de subasta, la del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, con la presencia de un único proponente habilitado, y no a partir de la competencia natural entre un número plural de actores del mercado interesados en la prestación del servicio de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional. Proponente único habilitado al que por lo demás, se le adjudicaría la concesión, si su propuesta reúne los demás presupuestos del mencionado numeral, que de por sí implica, conforme se ha destacado, el acceso y uso del espectro electromagnético, bien de uso público y de tratamiento jurídico especial fundado sobre bases de igualdad, tal como se ha dejado establecido en la presente providencia. Dado que la estructuración jurídica del numeral demandado se hizo por la CNTV sobre los soportes conceptuales antes expuestos, partiendo de la negación a una puja real y efectiva entre un número plural de interesados proponentes, el precio en la subasta propuesta en el numeral 4.11 del pliego no se conforma a partir de la interacción dinámica de ofertas, en cuanto no hay con quién competir o pujar en rondas diversas, razón por la cual la CNTV estableció en el numeral impugnado un sistema regulado del valor a ser pagado por el oferente único favorecido, esto es, un precio de tabla y no de conformación competitiva, luego la maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, no depende del mercado, sino de una fórmula preestablecida por la entidad administrativa. Para la Sala la hipótesis que le sirve de sustento al numeral 4.11 del pliego configura ante todo un imposible jurídico conforme lo ampliamente explicado en relación con los alcances del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, esto es, que no tiene cabida en el marco sustancial de la disposición legal referida, en cuanto que incorpora una hipótesis absolutamente contraria y por lo tanto incompatible desde todo punto de vista con los contenidos materiales de la norma superior en la cual se pretende soportar. No se pierda de vista que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 constituye un claro e inobjetable instrumento para hacer viable la libre y leal competencia a que se refieren los artículos 88 y 333 constitucionales, en los términos y condiciones de los artículos 2, numeral 2 y 7 de la misma ley. Por otra parte, esta norma a su vez, incorpora una preciada herramienta del legislador para garantizar de manera amplia el principio constitucional de igualdad que el artículo 75 superior ordena que constituya la base sobre la cual se permita el acceso y uso del espectro electromagnético. No obstante, un simple acercamiento al contenido de la norma impugnada le permite a la Sala concluir que ésta se funda en razonamientos contrarios a la libre competencia y pretende generar un evidente y real acceso y uso del espectro electromagnético contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto deja a un lado el postulado constitucional de la igualdad, propiciando un acceso y uso del espectro bajo condiciones no generadas en el respeto a la concurrencia y la pluralidad como se expuso en

apartados anteriores de esta providencia. Para la Sala los desconocimientos al ordenamiento jurídico superior en que incurre en este aspecto el numeral 4.11 del pliego de condiciones y, por lo tanto, que dan lugar a la configuración de la causal de nulidad invocada por el demandante. Como se advirtió al determinar el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma se vincula es a una pluralidad de actores del mercado interactuando, luego es en relación con el tratamiento que se le da a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y oportunidades, ligados con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, que se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 – ARTICULO 72

ADJUDICACION CON OFERTA UNICA – No tiene aplicación en la subasta establecida en la ley 1341 de 2009 para el uso del espectro electromagnético. Ley 1341 de 2009 es especial para el acceso y uso del espectro / FIJACION DEL PRECIO – Debe darse dentro de la puja de los proponentes. Presupone la pluralidad de oferentes

El artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 es una norma reglamentaria de la ley de la contratación pública, esto es, que desarrolla un marco normativo de referencia, por lo demás diferente al de la Ley 1341 de 2009 que como se ha establecido de manera clara y amplia en esta providencia, sujeta la subasta en ella regulada de manera concreta al principio constitucional de la libre y leal competencia, en el cual el punto inevitable de partida para cualquier consideración, es el de la concurrencia y de la participación plural de actores interesados, luego, sin entrar a controvertir la legalidad del mencionado artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Sala encuentra que dadas las características y naturaleza de las hipótesis en él reguladas, no resulta de aplicación a la subasta ordenada por artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en cuanto su punto de partida es el de la subasta con un único proponente, luego trata un asunto incompatible con el desarrollado en la ley especial que nos ocupa. El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es una norma especial, que contiene situaciones especialmente referidas al acceso y uso del espectro electromagnético, de la postulación de reglas igualmente especiales soportadas en principios particulares derivados de la libre competencia económica, luego cualquier remisión normativa, de ser posible, solo se puede hacer manteniendo y preservando estos claros conceptos directores de la interpretación y de la hermenéutica jurídica.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ)

Actor: JAIME OMAR JARAMILLO AYALA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISION

AUTO

Referencia: Acción de nulidad (38924)

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el acto administrativo expedido por la Comisión Nacional de Televisión 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 y en los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, para la concesión de la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional (fols. 1 a 9 c. ppal).

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

Sin perjuicio de la naturaleza de los actos demandados, la cual será analizada más adelante, se transcriben a continuación las disposiciones cuya legalidad es cuestionada por el actor.

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 CNTV ordenó la apertura de la licitación pública 002 de 2010. En dicho acto señaló que las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para participar en el proceso de selección estarían contenidas en el pliego de condiciones, sus respectivos anexos y los demás documentos que formen parte de la licitación. Asimismo, estableció el cronograma, con la advertencia de que podría ser modificado a través de Adendos; ordenó la publicación del pliego de condiciones y de los estudios y documentos previos en el Portal Único de Contratación; convocó a las veedurías ciudadanas para que ejercieran control social sobre el proceso contractual y finalmente ordenó integrar el Comité Evaluador y Asesor.

La CNTV 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 CNTV 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 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, la que fue acogida por la CNTV; que luego de efectuar los respectivos ajustes, publicó un nuevo proyecto de Pliego de Condiciones, el que fue objeto de varias observaciones que fueron atendidas, de manera que, una vez cumplidos los requisitos previos exigidos por la ley, había lugar a la apertura del nuevo proceso de selección (fols. 16 a 20 c. ppal).

2. El Pliego de Condiciones de la licitación pública 002 de 2010 y sus adendas modificatorias.

La Sala advierte que si bien el demandante solicitó la declaratoria de nulidad tanto del acto administrativo de apertura de la licitación Pública 002 de 2010, como del Pliego de Condiciones de la respectiva licitación, lo cierto es que en la sustentación del cargo, el actor se limitó a señalar que el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la licitación 002 de 2010 resultaba

contrario a lo previsto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, al permitir la adjudicación del contrato cuando sólo se hubiera presentado una propuesta y ésta cumpliera con los requisitos habilitantes exigidos.

En este orden de ideas, la Sala procederá a pronunciarse únicamente sobre la legalidad o ilegalidad de ese aparte del acto demandado, a cuyo tenor:

“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 c. ppal).

LA NORMA INVOCADA COMO VIOLADA POR EL DEMANDANTE Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. Norma que se indicó como violada.

Se consideró como tal el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que dispone:

“Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:

- Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.
- En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.

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

2. Concepto de violación.

A juicio del demandante, según lo previsto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, las subastas que tengan por objeto la adjudicación de una frecuencia o de un canal de televisión que utilice el espectro radioeléctrico deben garantizar la pluralidad de interesados, pues de lo contrario, no existiría “conformación dinámica” y no se cumpliría

con el propósito de “maximizar los recursos del Estado”; la pluralidad de interesados o de oferentes, dispuestos a pujar en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión, es un requisito de la modalidad de la subasta prevista en el artículo 72 de la Ley 1341 (ascendente), que no se satisface si se adjudica a un único oferente, situación que de manera ilegal se prevé en el artículo 4.11 de la licitación 002 de 2010. Al respecto concluyó que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 debe interpretarse en ese sentido, máxime cuando así también lo entendió la Sala de Consulta y Servicio Civil al emitir el concept

solicitado por la CNTV, según el cual, para la adjudicación de los canales nacionales de televisión abierta se exige la pluralidad tanto del número de inscritos en el RUO, como de las ofertas presentadas al término del cierre de la licitación.

Por otra parte, sostuvo que si bien el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 establece que la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta y ésta cumpla con todos los requisitos habilitantes exigidos y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego de Condiciones, se trata de un precepto abiertamente contrario a lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y su inaplicación al caso concreto se sustenta en las siguientes razones: i) la Ley 1341 de 2009 es una norma jerárquicamente superior al Decreto 2474 de 2008; ii) la Ley 1341 de 2009 es una norma especial y de aplicación preferente, mientras el Decreto 2474 de 2008 es de carácter general; iii) la Ley 1341 de 2009 autoriza una subasta ascendente para maximizar las rentas públicas, mientras el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 hace referencia a las subastas inversas de naturaleza descendente que fueron autorizadas por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades; finalmente, iv) porque así lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 25 de febrero de 2010.

En consecuencia, para el demandante, en los procesos de licitación pública que tengan por objeto la asignación del espectro radioeléctrico, como es el tercer canal de televisión privada, cualquier disposición que permita adjudicar un contrato de concesión cuando se presente una única propuesta, tal como lo dispone el artículo 4.11 de la Licitación 002 de 2010, resulta contrario a la Ley 1341 de 2009.

EL TRÁMITE DEL PROCESO

1. La demanda y la solicitud de suspensión provisional.

Fue presentada el 23 de junio de 2010 y mediante auto de 19 de julio de 2010, la Sección Tercera del Consejo de Estado la admitió, decretó la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010 y negó esta medida cautelar frente a las demás disposiciones solicitadas de la Resolución 2010-380-00481-4 del 7 de mayo 2010 (fols. 1 a 15 y 190 a 218).

2. Los recursos de reposición y las solicitudes de nulidad.

Notificada la admisión de la demanda y el decreto de la suspensión provisional, los ciudadanos JORGE ENRIQUE CUERVO RAMÍREZ, JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA, MIGUEL ANGEL CELIS PEÑARANDA, DAVID MAURICIO GUINAR HERNANDEZ, FERNANDO VALLEJO, FERNANDO ALVAREZ ROJAS, GERMAN CAMILO PERDOMO GUILOMBO y PAULA ANDREA RAMOS ARISMENDI, así como por el MINISTERIO PUBLICO, la

organización privada DERECHO PARA EL DESARROLLO, CANAL 3 TELEVISION DE COLOMBIA S.A. y la COMISION NACIONAL DE TELEVISION, interpusieron recurso de reposición (fols. 247 a 610).

Todos solicitaron revocar el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No 002 de 2010, y tres de ellos, la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, MIGUEL ÁNGEL CELIS PEÑARANDA y FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS, pidieron, además, revocar la admisión de la demanda porque no reunía los requisitos legales.

2.1. El ciudadano JORGE ENRIQUE CUERVO RAMÍREZ presentó el recurso de manera extemporánea y, en escrito separado, solicitó la nulidad de lo actuado con fundamento en la falta de competencia de esta Corporación para conocer del asunto y en revivir un proceso legalmente concluido, toda vez que la ilegalidad de esos actos ya había sido materia de decisión en una acción popular de la que conoció un juez administrativo, al resolver sobre la suspensión provisional de tales actos.

2.2. El CANAL 3 TELEVISIÓN DE COLOMBIA S.A., solicitó en escrito separado al recurso de reposición, que se le reconociera como litisconsorte necesario y en subsidio como litisconsorte cuasinecesario del extremo pasivo de la acción. Pidió igualmente decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, porque al ser litisconsorte necesario por pasiva, debió ser citado desde el principio en esa calidad y que, comoquiera que así no se hizo, se configuró la causal prevista en el numeral 9 del artículo 140 del C. de P.C.

Por auto del 12 de noviembre de 2010 se negó su vinculación en calidad de litisconsorte y se le reconoció como coadyuvante de la CNTV.

2.3. De las solicitudes de nulidad se ordenó el traslado a las partes por el término común de tres días, oportunidad dentro de la cual el demandante se opuso a los recursos de reposición interpuestos.

2.4. El Procurador General de la Nación solicitó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado asumir por importancia jurídica el conocimiento del asunto, petición a la que accedió dicha Sala mediante providencia del 20 de septiembre de 2010, con fundamento en las facultades que le conceden los artículos 97.5 y 130 del Código Contencioso Administrativo.

2.5. Por auto del 22 de marzo de 2011, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió: (2.5.1.) negar las nulidades procesales propuestas; (2.5.2.) confirmar la admisión de la demanda; (2.5.3.) no reponer el decreto de la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones; y (2.5.4.) rechazar el recurso de reposición interpuesto por el ciudadano **JORQUE ENRIQUE RAMIREZ CUERVO** (fols. 803 a 823).

2.5.1. En relación con las nulidades procesales propuestas la Sala explicó que (i) el **CANAL 3 de TELEVISIÓN DE COLOMBIA S.A.**, no ostenta en manera alguna la calidad de litisconsorte necesario de la CNTV en este asunto y, por tanto, no existe el deber de citarlo como parte; (ii) esta Corporación es competente para conocer de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional; y (iii) el hecho de que tanto en el Juzgado 21 Administrativo de Bogotá, como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se tramitaran dos procesos adelantados en ejercicio de la acción popular en los cuales no se hubiere decretado la suspensión provisional de los actos aquí demandados, no implica la existencia de

pleito pendiente, pues se trata de procesos diversos y con finalidades distintas.

2.5.2. En cuanto a la admisión de la demanda, la Sala indicó que se aportaron las copias de los actos acusados oportunamente, los cuales fueron publicados en el portal único de contratación y que el proceso se tramita por la vía procesal adecuada.

2.5.3. Respecto de los recursos de reposición interpuestos contra el decreto de la suspensión provisional, la Sala consideró **(i)** que no se desconocieron los requisitos establecidos en el artículo 152 del C.C.A, sino que, por el contrario, la Sección Tercera se limitó a determinar si la alegada contradicción entre la disposición demandada y el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 era, o no, manifiesta. Fue mediante un análisis integral, objetivo y esencialmente cautelar que la Sección Tercera, en una adecuada valoración del contexto del problema jurídico planteado concluyó que sí existía una manifiesta contradicción entre lo dispuesto en el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones y el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, pues dicha ley vincula necesariamente los procesos de selección en cuestión a la presencia de una pluralidad de interesados; **(ii)** que no era cierto que la Sección Tercera hubiere desconocido los precedentes judiciales que admiten la posibilidad de tramitar y adjudicar proceso de selección de contratistas con único proponente, toda vez que en este caso no resulta aplicable el régimen general de la contratación pública; y **(iii)** que los Consejeros de la Sección Tercera tenían competencia para pronunciarse sobre el asunto, comoquiera que el quórum, tanto deliberatorio como decisorio, sólo cambió a partir del momento en el cual se modificó la nueva estructura de la Sección Tercera, en los términos de la Ley 1285 de 2009.

2.5.4. Finalmente, la Sala rechazó el recurso de reposición interpuesto por el ciudadano JORQUE ENRIQUE RAMIREZ CUERVO, en consideración a que se presentó de forma extemporánea.

3. Salvamentos de vot frente a la decisión adoptada mediante auto de 22 de marzo de 2011.

Aunque cada uno de los disidentes presentó escrito separado, la Sala sintetiza a continuación y de manera general, las razones que invocaron para fundamentar su disenso con la decisión adoptada:

3.1. Incumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para el decreto de la suspensión provisional: La violación de la norma legal invocada no resultaba evidente; tanto en la providencia que se decretó la suspensión provisional como en la que la confirmó, la Sala se apartó de la jurisprudencia de la Corporación sobre la aplicación del numeral 2 del artículo 152 del C.C.A, sin manifestarlo expresamente ni exponer las razones para ello. Así, la Sala, en lugar de derivar de la simple confrontación de las normas la existencia, o no, de una infracción manifiesta, se extendió en argumentos para probar la falta de adecuación entre la norma impugnada y aquella que se invocó como violada, los cuales se debieron postergar para el análisis propio de la sentencia.

3.2. No se exige pluralidad de oferentes, sino pluralidad de interesados, conceptos que son diferentes: No es posible afirmar con plena certeza que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 exija pluralidad de oferentes para que tenga lugar la subasta que asigne una banda de frecuencia, sino que por el contrario, lo que exige textualmente es que antes de iniciar el proceso de contratación, la entidad pública determine si existe un número plural de interesados y no cabe duda que el interesado no es un oferente, máxime cuando el artículo 90 del decreto 2474 de 2008, aplicable al caso, señala que en cualquier proceso de selección son admisibles las ofertas

únicas.

3.3. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no son vinculantes ni obligatorios: No se puede reconocer valor normativo al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 5 de octubre de 2009, por cuanto dicha Sala carece de función jurisdiccional. Asimismo, manifestaron no compartir la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil, según la cual existe pluralidad de oferentes en la medida en que hayan sido varios los inscritos en el RUO, pues a su juicio sólo son oferentes quienes presentan la propuesta.

3.4. Aplicación del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 al caso concreto: Al no existir norma especial que reglamente la subasta de que trata la Ley 1341 de 2009, resultan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario 2474 de 2008. La facultad para adjudicar a una única propuesta no es contraria al ordenamiento jurídico superior, puesto que de lo contrario, los interesados que no presenten oferta o que la retiren antes del cierre del proceso de selección, podrían bloquear la adjudicación, lo que desvirtúa los principios que rigen la contratación.

3.5. No se violan los principios de libertad de empresa y de libre competencia: No consideran violados tales principios, en tanto fue la misma Administración la que generó la posibilidad de que todo el que quisiera se inscribiera en el RUO y así se presentara una pluralidad de ofertas; las decisiones del juez administrativo deben tomar en cuenta el impacto de los actos administrativos en el mercado, es decir debe asegurarse de que las condiciones que acompañan las decisiones de las autoridades públicas no atenten contra la libre competencia. En este caso se dio la apertura de una licitación pública para la adjudicación del tercer canal, la cual fue pública y la existencia de un único proponente no desconoce la publicidad de la licitación, no vulnera el principio de libre competencia y no pone en peligro el patrimonio o la moralidad pública. La Sala perdió de vista el verdadero alcance de los derechos de la libre competencia y la libre competencia, pues la Administración los garantizó al abrir la licitación con el fin de aumentar los competidores en el mercado.

3.6. Garantía de la maximización de los recursos: El problema jurídico que debe resolverse es si en una subasta con una sola oferta hábil es válido, o no, adjudicar lo subastado. Así las cosas, en los casos en que se propende maximizar el ingreso, si el precio base para las ofertas es favorable para los cometidos del Estado, es válida la aceptación de una sola oferta y, más aún, si se condiciona la adjudicación del contrato a que el único oferente pague un porcentaje adicional a ese precio base. Ahora, que si bien el Estado debe verificar oportunamente la existencia de pluralidad de interesados, como efectivamente lo hizo, el hecho de que éstos no concurran a la licitación no depende del Estado, sino única y exclusivamente de la voluntad de los mismos.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La CNTV se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos demandados se profirieron con fundamento en las disposiciones legales aplicables al caso. Señaló que no es cierto que el numeral 1.6 del Pliego de Condiciones establezca la aplicación de la Ley 1341 de 2009 ni que a la fecha de la presentación de la demanda fuese un hecho notorio y público que la sociedad Antena 3 fuese el único proponente que se presentaría a la subasta en consideración a que no se inscribió en el RUO ni presentó oferta dentro de la licitación pública 02 de 2010. Consideró que el cargo formulado por el actor no debe prosperar, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.1.1. El régimen de las concesiones en el sector de televisión: Señaló que el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 debe analizarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, estudio del cual se deduce que sólo pueden participar en la licitación para la concesión de canales nacionales de operación privada quienes se encuentren debidamente calificados, clasificados e inscritos en RUO. Así las cosas, el término “interesados” que utiliza el mencionado artículo 72 se refiere exclusivamente a las personas inscritas en el RUO, sin que la ley exija la pluralidad de oferentes para la procedencia de la subasta, pues tal calidad sólo la obtienen quienes presentan la oferta en el proceso licitatorio y en el evento en que exista pluralidad de interesados, la CNTV deberá aplicar alguno de los mecanismos de selección objetiva, entre ellos la subasta. Por otra parte, señaló que no es cierto que si dos o más inscritos en el RUO deciden voluntariamente no participar en el proceso de selección, la Administración deba declarar desierto el proceso licitatorio, dado que el hecho de no participar deliberadamente es una decisión que pertenece a la esfera interna de cada proponente, conducta omisiva que no implica el desconocimiento de la publicidad de la licitación ni vulnera el principio de la libre competencia.

En cuanto al mecanismo de selección afirmó que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no creó un régimen especial o distinto de los que ya existían para la contratación estatal en el sector de la televisión; que simplemente señaló que es deber del Estado aplicar un mecanismo de selección competitivo con el fin de maximizar sus recursos y que, para ello, podía acudir a la subasta, la que podía organizarse a una sola vuelta o a varias, sin que sea posible afirmar que la existencia de varias pujas constituya un elemento esencial del mecanismo de selección a utilizar. Consideró que el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 resulta aplicable al caso por haberse escogido como mecanismo de selección la subasta, en tanto regula todo lo atinente a la realización de subastas por el Estado y que no es posible deducir su inaplicación porque el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no creó un régimen distinto al que en estas materias se desprende del Decreto 2474.

4.1.2. El concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil: Señaló que las consultas absueltas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son vinculantes, razón por la cual los conceptos emitidos en relación con el proceso licitatorio de la referencia no pueden tomarse como obligatorios.

4.1.3. Otros argumentos de defensa: Afirmó que una de sus obligaciones consiste en dar aplicación en todas sus actuaciones contractuales a los principios de pluralismo informativo y democratización del espectro y que fue precisamente esa obligación la que la condujo a abrir una licitación para la contratación de un tercer canal de televisión; que la licitación se llevó a cabo mediante un Pliego de Condiciones claro, transparente y objetivo que tenía como finalidad garantizar la participación de todos los inscritos en el RUO y habilitados para tal efecto, en igualdad de condiciones; que sin embargo, por razones que desconoce, sólo presentó oferta una de las tres empresas habilitadas. Indicó que las normas de contratación en materia de televisión deben interpretarse con un criterio amplio y finalista que lleve a que se pueda adjudicar la licitación cumpliendo los objetivos previstos en la ley, propósitos que no se ponen en riesgo si se adjudica con un único oferente, pues cualquiera de los posibles proponentes, por reunir las condiciones previstas en el RUO, podrían ser concesionarios del canal en cuestión.

4.2. CANAL 3 DE TELEVISIÓN también se opuso a las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.2.1. Inexistencia de violación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009: Indicó que dicha norma exige la pluralidad de interesados, esto es los inscritos en el RUO que participan en las etapas

preliminares de una licitación y concurso y no la pluralidad de oferentes, es decir, quienes presentan sus propuestas; que a su vez, la Ley 1341 de 2009, al referirse a la subasta como mecanismo de selección objetiva, exige la pluralidad de interesados y no de oferentes; que la no exigencia de pluralidad de oferentes en materia de subastas resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, según la cual, el remate, en los términos del C. de P.C, sólo se declarará desierto cuando no se presente oferente alguno y concluyó que si el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no prohíbe la adjudicación a través de la subasta cuando se presenta un solo oferente, mal podría alegarse la ilegalidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones demandado.

4.2.2. Procedencia de la aplicación del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008: Señaló que aunque la Ley 1341 de 2009 es especial en cuanto a la materia que regula, lo cierto es que en el artículo 72 no prevé el evento en que sólo se presente un oferente y que, por lo tanto, frente al vacío normativo, la Ley 1150 de 2007 permite la aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, lo que significa que el principio general consiste en que, dejando a salvo las disposiciones en materia de subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando se haya presentado una única propuesta que cumpla los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones; que al caso concreto resultan aplicables, además, las normas del Estatuto General de Contratación Estatal y que, en consecuencia, a la luz de lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no hay lugar a declarar desierta la licitación cuando no existe pluralidad de oferentes.

4.2.3. Inexistencia de violación de los artículos 2.2 y 7 de la Ley 1341 de 2009: Indicó que del contenido de tales artículos no es posible derivar la pluralidad de oferentes como requisito de la subasta, pues lo que estos preceptos imponen al Estado es la obligación de propiciar la concurrencia o competencia de varios interesados a la adjudicación de bandas de frecuencia.

4.3. PAULA ANDREA RAMOS ARISMENDI, se opuso a las pretensiones por cuanto los actos demandados se ajustaron a los parámetros constitucionales y legales. En su opinión, no es cierto que el numeral 1.6 del Pliego de Condiciones disponga que el régimen legal aplicable a la licitación y al contrato sea el previsto en la Ley 1341 de 2009; que tampoco es cierto que a la fecha de presentación de la demanda se conociera que Antena 3 fuese el único proponente y, menos aún, las razones por las cuales dos de los interesados habilitados para presentar propuestas se abstuvieron de hacerlo.

4.4. FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS solicitó no acceder a las súplicas de la demanda. A su juicio, el actor incurre en un error de lectura del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, inducido por el concepto proferido por la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado que consideró desacertado. Explicó que el mencionado artículo 72, le impone a la Administración el deber jurídico de aplicar procesos de selección objetiva, entre ellos la subasta, que en este caso cumplió a cabalidad la CNTV mediante la resolución de apertura de la licitación 002 de 2010 y el respectivo Pliego de Condiciones; que la ley le impone a la CNTV la obligación de verificar la existencia de una pluralidad de interesados calificados en el RUO para poder continuar con el proceso de selección objetiva, la cual también cumplió dicha Comisión; que no se puede entender como requisito de validez del proceso de selección objetiva la pluralidad de oferentes, error en el que se incurrió al confundir el objeto de regulación de las Leyes 1341 de 2009, 80 de 1993 y 1150 de 2007. Adicionalmente, señaló que el inciso 3 del artículo 32 de la Ley 1150 dispone que “las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquiera otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica”, y que en

ese orden de ideas, debe entenderse que las disposiciones contractuales tienen una aplicación preferente respecto de la Ley 1341.

Estimó que el artículo 90 del decreto 2474 de 2008, que autoriza la adjudicación a un único proponente resulta aplicable al caso, máxime cuando ni la Ley 80, ni la Ley 1150, ni la Ley 1341 prohíben a la entidad contratante adjudicar el contrato al oferente único; así las cosas, considera que la entidad estatal es autónoma para disponer si adjudica, o no, a un único proponente.

Respecto de los fines del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el coadyuvante advirtió que las normas demandadas respetaron los principios de transparencia y maximización de los recursos. Frente al primero, dijo que se garantizó en todo momento, por cuanto la Administración permitió que los interesados gozaran de la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones; que las actuaciones fueron públicas, los pliegos de condiciones fueron claros y en el acto de apertura y en los pliegos se señaló la posibilidad de adjudicar a un único proponente; que los actos demandados atendieron la finalidad legal de aumentar la oferta televisiva y la finalidad constitucional de asegurar la competencia, promover el acceso a la información y garantizar el pluralismo informativo.

Señaló que lo que sí resulta contrario al principio de buena fe es que los derechos de los interesados que sí presentaron su propuesta, devengan nulos porque los demás interesados no hayan querido participar, lo que no sólo resulta ilegal, sino que en el caso concreto, contribuye al mantenimiento de un duopolio, a la privación de recursos que requiere el Estado para la atención de la televisión pública, a la limitación de los derechos de los televidentes a ver ampliada la oferta y a una limitación al derecho fundamental a informar y ser informado.

4.5. JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA también se opuso a las pretensiones, toda vez que la CNTV se ajustó a las normas contenidas en el Estatuto Contractual de la Administración Pública y demás disposiciones constitucionales y legales.

A su juicio, el cargo de ilegalidad se basa en meras suposiciones e hipótesis y que por el contrario, el procedimiento de selección adelantado por la CNTV siguió todas las disposiciones constitucionales y legales que regulan la selección de los contratistas del Estado, en consideración a que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no resulta aplicable al proceso de selección del concesionario del tercer canal de televisión, por cuanto del contenido de dicho artículo se desprende: **(i)** que el objeto de su aplicación es el espectro electromagnético y las bandas de frecuencia y no los canales de televisión; y que **(ii)** la Ley 1341 de 2009 no es aplicable al caso concreto porque es el Ministerio de las Tecnologías el competente para otorgar dichos permisos y no la CNTV y, en todo caso, esta última entidad abrió la licitación para otorgar la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión, según las funciones otorgadas por el artículo 12 de la Ley 182 de 1995. En consecuencia, concluyó que no puede declararse la ilegalidad de un acto administrativo con base en una norma legal que no le aplica. Alegó que aún en el evento de aceptar que el artículo 72 resulta aplicable, los actos demandados no lo vulneran por cuanto ésta norma se refiere a la eventualidad de que exista pluralidad de interesados, pero no excluye expresamente la posibilidad de adjudicar a un solo proponente. Agregó que la subasta sin pluralidad de oferentes no conlleva al detrimento del patrimonio del Estado, máxime cuando el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones ideó una forma para que se lograra la maximización de los recursos del Estado en el evento en que sólo un proponente resultara habilitado, esto es señalando que al precio base de la concesión se debería aumentar el 10%.

4.6. DAVID MAURICIO GUINARD HERNÁNDEZ indicó que existe una diferencia sustancial entre el objeto de la licitación y el objeto de la Ley 1341 de 2009, siendo éste último bastante amplio en tanto incluye diversos temas, tales como la formulación de políticas públicas en el sector de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el régimen de competencia y de protección al usuario, el uso eficiente de redes y del espectro, entre otros; mientras que, el objeto de la licitación es la adjudicación del contrato de concesión para la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional. Así las cosas, consideró que se presenta una ineptitud sustancial en el cargo formulado por el demandante, toda vez que existe una divergencia entre la ley indicada como vulnerada y la norma demandada.

Señaló que el demandante se equivoca al tener como sinónimos la calidad de interesado y de proponente; que interesado es aquel que demuestra su interés por algo, reposando en un estado de potencialidad, mientras proponente es aquel que presenta una propuesta concreta. Finalmente, a su juicio, se presenta una errada interpretación del ordenamiento jurídico al considerar que la existencia de un proponente único desvirtúa el mecanismo de adjudicación por subasta y genera un detrimento patrimonial para el Estado, en consideración a que el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 prevé tal circunstancia.

5. Período probatorio.

Vencido el término de fijación en lista y al tenor de lo dispuesto en el artículo 209 del C.C.A, el Consejero Ponente, mediante auto del 9 de mayo de 2011, abrió a pruebas el proces; una vez finalizado dicho período, se ordenó el traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. El PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN consideró que tanto el acto de apertura como el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la licitación pública 002 de 2010 llevada a cabo por la CNTV, se ajustaron al Estatuto de Contratación Estatal y, en especial, al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, razón por la cual solicitó desestimar las pretensiones de la demanda.

Afirmó que la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado incurrió en una contradicción al admitir la demanda y decretar la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones, porque si bien la acción procedente para demandar los actos administrativos precontractuales es la de nulidad simple, tal como lo establece el artículo 87 del C.C.A., el propósito de dicha norma es evitar interrumpir el curso de la licitación, la celebración y la ejecución del contrato.

Explicó que la Ley 1341 de 2009 es una norma posterior, mas no especial en materia de concesión de canales nacionales de operación privada y por tanto, su interpretación debe ser coherente y comprensiva con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, según el cual, una primera barrera de entrada al mercado del servicio de televisión es que “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”, situación jurídica que les da la calidad de “interesados” a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009; que una vez determinada la existencia de pluralidad de inscritos en el RUO o “interesados”, se debe definir el mecanismo de selección de la oferta a través de la subasta inversa, diseñado por el legislador como

procedimiento para determinar el aspecto económico, pero en todo caso, en el marco de la modalidad de selección de contratistas de la licitación pública; que el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones contempló la posibilidad de adjudicar el contrato de concesión al oferente único que cumpliera con los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones y que, adicionalmente, pagara un 10% adicional del precio base de la concesión.

Señaló que en virtud de la remisión del artículo 13 de la ley 80 de 1993 al artículo 860 del Código de Comercio, la licitación pública es de carácter irrevocable, esto es, que una vez iniciado un proceso licitatorio en los términos de la normatividad sobre la materia y de los requerimientos contenidos en los pliegos de condiciones, la entidad convocante no puede abstenerse de adjudicar.

Por último, consideró que la inhibición de los demás “interesados” o habilitados para participar en el proceso licitatorio, no es óbice para declarar la nulidad del numeral 4.11 y en consecuencia suspender el proceso licitatorio, pues se estarían transgrediendo los intereses de los consumidores, quienes no dispondrían de un tercer canal privado en el mercado de la televisión abierta y se promovería un detrimento de las finanzas del Estado, por la menor explotación económica del espectro electromagnético.

6.2. CANAL 3 TELEVISION DE COLOMBIA S.A., además de reiterar los argumentos expuestos en sus anteriores escritos, informó que en el debate que se surtió ante la Comisión de Conciliación del proyecto de la Ley Anticorrupción, se decidió no incluir la prohibición de la “adjudicación de licitaciones realizadas a través del mecanismo de subasta pública cuando concorra un proponente”; y que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, en sentencia de 16 de junio de 2011, en el marco de una acción popular, denegó el amparo de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa aparentemente vulnerados en razón de lo dispuesto en el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la licitación pública No. 002 de 2010, por considerar que en caso de existir pluralidad de interesados en acceder al espectro electromagnético, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, obliga a la entidad contratante a implementar la subasta como mecanismo de adjudicación del contrato, lo cual no implica que la CNTV deba adelantar el proceso de selección con más de un proponente en todas las etapas, porque siempre que se cumpla con el fin de la norma, es decir, maximizar los recursos con destino al Fondo de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones y al Fondo para el Desarrollo de la Televisión, es posible adjudicar el contrato con una única propuesta, siempre que ésta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones.

Al respecto, citó la sentencia T-659 de 2006, en la cual la Corte Constitucional establece que en los términos del artículo 533 del Código de Procedimiento Civil “el remate desierto se presenta cuando abierta la subasta, no se presenta nadie interesado en hacer postura y rematar el bien”; y que el Decreto 1170 de 2008, por medio del cual se reglamenta la enajenación de bienes que forman parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y lucha contra el Crimen Organizado, dispone que si en la subasta se presenta una sola oferta, se celebrará la venta con ese único oferente.

6.3. Los ciudadanos PAULA ANDREA RAMOS ARISMENDI y JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA reiteraron los argumentos expuestos en sus anteriores escritos.

CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, en primer lugar se examinará la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de ésta Corporación (punto 1); seguidamente, se revisará la naturaleza del acto demandado, a efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 2); posteriormente, la Sala se pronunciará sobre el contenido y alcance de la norma indicada como vulnerada, esto es, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 (punto 3); y, finalmente, la Sala abordará el estudio del caso concreto (punto 4).

1. Competencia

Sin perjuicio del posterior análisis de la naturaleza jurídica de los actos demandados, la Sala se pronunciará sobre su competencia en el proceso de la referencia.

Según lo dispuesto en el artículo 128.1 del C.C.A. y en el Acuerdo 55 de 2003 (artículo 1), adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer de las demandas interpuestas en ejercicio de la acción de nulidad, dirigidas contra actos administrativos precontractuales expedidos por autoridades del orden nacional, como lo es, en este caso, la CNTV.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sesión celebrada el 14 de septiembre de 2010, asumió de oficio el conocimiento del asunto, con fundamento en las facultades que le confieren los artículos 97.5 y 130 del C.C..

2. Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de la resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 y del Pliego de Condiciones de la licitación 002 de 2010, proferidos por la CNTV.

La CNTV fue uno de los organismos autónomos e independientes establecidos en la Constitución Política de 1991. De conformidad con el derogado artículo 76 constitucional

, en concordancia con el texto original del artículo 77 de la Constitución Polític

, dicho organismo se instituyó como de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que estaba sujeto a un régimen legal propio, y le correspondía por la época de los hechos de la demanda la dirección de la política que en materia de televisión le determinara el legislador, para lo cual podía expedir los actos administrativos de carácter general o particular que fueren del caso, controlables en su constitucionalidad y legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En relación con el presente asunto, la Sala constata que a través de las disposiciones demandadas -Resolución de Apertura 2010-380-000481-4 y su correspondiente Pliego de Condiciones-, la CNTV ordenó la apertura de una licitación pública y estableció el cronograma y reglas de la misma; además, fijó la forma para llevar a cabo el proceso de selección del futuro contratista y delimitó el contenido y alcance del contrato.

Dadas estas circunstancias, corresponde a la Sala determinar la naturaleza de los actos demandados y la pertinencia de su control jurisdiccional, para lo cual es necesario establecer si realmente, como lo sostiene el demandante, se trata de un acto de los que la doctrina conoce como complejo o, por el contrario, se concurre ante dos manifestaciones diferentes de la administración (2.1) y en caso de no configurarse el concepto de acto complejo, y más bien asistir ante una pluralidad de disposiciones demandadas, determinar cuáles de ellas reúnen los presupuestos legales para su impugnación, esto, a la luz de la doctrina y los precedentes de la Corporación en relación con la judicialización de actos precontractuales (2.2.).

(2.1).- En el caso sub lite el demandante señala como normas violadas “El acto administrativo complejo expedido por la CNTV integrado por la resolución No. 2010-380-000481-4 y los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 002 de 2010 (...)” (fols. 3 y 4).

En relación con estas afirmaciones y una vez verificado el contenido material de cada una de las manifestaciones presuntamente integradas bajo el concepto de acto complejo, la Sala se ve en la imperiosa necesidad de apartarse de estas consideraciones del demandante, pues, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación sobre el tema, los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único.

La anterior hipótesis, a todas luces no es la que se configura en el caso que nos ocupa, en donde una misma autoridad es la que ha proferido las dos disposiciones dentro de una misma actuación administrativa procesal, como instrumentos necesarios y concatenados dentro del trámite tendiente a la selección de un contratista para la correspondiente entidad estatal, sin que pierdan su identidad, generando una unidad de contenido y de fin integrándose en un acto único, como lo sostiene erróneamente el demandante.

En efecto, la Sala Plena de la Corporación se pronunció desde el año 1964 acerca de la naturaleza del acto administrativo complejo, en los siguientes términos:

“Ahora bien, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando se trata de un acto complejo, es decir formado por una serie de actos con la concurrencia de diversas voluntades, como el acto es único, debe acusarse en su total complejidad, aunque el vicio sólo afecte a uno de los actos que lo integran, porque habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. El acto que se firma es un acto único es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.

Así, pues, cuando, por ejemplo, se considera que está viciada de ilegalidad la sanción de una ordenanza, se debe demandar la ordenanza por la ilegalidad de su sanción, pues esta es parte integrante de ese acto administrativo complejo. La ordenanza y su sanción forman un solo acto.

La doctrina anterior ha sido la tradicional del Consejo y la Sala no encuentra fundamento para rectificarla. Si no hay ordenanza sin sanción y esta no puede existir sin aquella, pues, son dos actos inseparables que forman un solo acto administrativo que se llama ordenanza departamental, es esta en su integridad jurídica la que debe ser demandada o acusada cuando su sanción es ilegal y no simplemente esta última, como si fuera un acto que pudiera existir independientemente. Porque bien sea el articulado de la ordenanza el ilegal o bien lo sea su sanción, lo que se anula es el acto completo en ambos casos, aunque en el primero la sanción no adolezca de ilegalidad y no la tenga el articulado de la ordenanza, en el segundo, pues no debe olvidarse que la acción de nulidad contra los actos administrativos procede tanto por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad como por haber sido expedidos en forma irregular (art. 66 del C.C.A.).

Posteriormente, en sentencia del 27 de octubre de 1972, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo agregó:

“La existencia del acto complejo no surge de la voluntad de los entes administrativos, sino del mandato de la Ley o de la necesidad de la concurrencia de dos o más personas u órganos administrativos en la formación de la voluntad administrativa, como sucede, entre otros, en los casos de los actos que conforman el procedimiento administrativo consagrado en el Decreto Ley 2733 de 1959, o en aquellos eventos en que la Ley exige la aprobación de un superior a lo resuelto por el inferior (–casos de actos administrativos sobre extinción del dominio de predios privados, adquisición directa de predios rurales, expropiaciones, etc. –); más aceptar que un ente administrativo puede convertir un acto simple en complejo cuando a bien lo tenga, sería consagrar una burla a la jurisdicción contencioso-administrativa y una permanente inseguridad de los particulares en las decisiones públicas

Y en sentencia del 1 de agosto de 2002, la Sección Primera del Consejo de Estado se pronunció acerca de las características del acto complejo, así:

“Las dos resoluciones acusadas constituyen en realidad un solo acto administrativo, integrado por las declaraciones de voluntad de dos autoridades distintas, en ejercicio de la función administrativa, con unidad de contenido y unidad de fin, por lo cual constituyen un acto administrativo complejo, en cuanto dichas declaraciones se fusionan en una unidad, para darle nacimiento o perfeccionar el acto, sin que ninguna de ellas pueda considerarse como un acto de trámite respecto de la otra. Tampoco se puedan tomar como parte o desarrollo de un procedimiento administrativo, como erradamente lo plantean los actores, pretendiéndoles aplicar las reglas de dicho procedimiento previstas en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, como son las atinentes, entre otras, a los recursos de la vía gubernativa. En su condición de acto administrativo complejo corresponde, a la vez, a los actos administrativos generales, que por disposición expresa del artículo 49 del C.C.A. no tienen recurso.

Es sabido que las declaraciones que conforman un acto administrativo complejo no tienen identidad o existencia como actos administrativos autónomos, es decir, consideradas de manera separada, por lo cual no son aisladamente pasibles de control jurisdiccional.

La Sala entiende, entonces, que los cargos están dirigidos contra todo el acto complejo, por los vicios endilgados a las partes que lo conforman. Con ello se quiere significar que el examen de los cargos se debe hacer atendiendo el todo o la unidad dada por la fusión de las dos declaraciones que constituyen el acto acusado y, por ende, sin perder de vista la intervención de las autoridades que las profirieron.

En consecuencia, a juicio de la Sala no le asiste razón al demandante, pues en este caso la voluntad de la Administración está vertida en dos manifestaciones de la administración que nacen a la vida jurídica de forma separada e independiente, el uno el acto de apertura y el otro sustancialmente diverso como lo es el pliego de condiciones.

Razones estas suficientes para darle a cada una de estas manifestaciones tratamiento separado, dado adicionalmente que se advierte que por sus características se trata de dos manifestaciones de naturaleza jurídica diversa.

(2.2) Para la Sala resulta evidente e incontrovertible que se encuentra ante dos manifestaciones de la administración impugnadas, la una, un acto de apertura de la licitación pública No. 002 de 2010 como lo es la resolución No. 2010-380-000481-4, y la otra, los pliegos de condiciones expedidos para regir la mencionada la licitación pública.

Así mismo, una vez estudiados los actos en cuestión, y a la luz de los precedentes

jurisprudenciales de esta Corporación, se tiene de manera clara e incontrovertible que cada uno de los actos impugnados ostentan naturaleza jurídica diversa, lo que incide directamente en la procedencia del control jurisdiccional en relación con cada uno de ellos.

En relación con los pliegos de condiciones, de manera pacífica esta Corporación ha entendido que comparten la naturaleza de verdadero acto administrativo de carácter general, y en cuanto al acto de apertura, se le ha considerado por regla general como simple acto de trámite.

Precisamente en cuanto a la naturaleza del Pliego de Condiciones como acto precontractual, esta Corporación ha mantenido su postura señalando que se trata de un acto administrativo de contenido general, es decir, una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetiva sujeto a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad, la cual fue ejercida en este caso por el acto

.

Así lo precisó la Sección Tercera en sentencia del 24 de junio de 2004, al afirmar que el pliego de condiciones es “un acto administrativo, que cuando contiene cláusulas violatorias de la ley de contratación que restrinjan ilegalmente la participación de los oferentes o que de alguna manera se conviertan en un obstáculo para la selección objetiva, es posible demandarlo en acción o de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho en defensa de la legalidad que debe presidir toda actuación administrativa, tal como lo establece el art. 87 del C.C.A con las modificaciones que le introdujo el art. 32 de la ley 446 de 1998.

Ahora, frente al acto de apertura de la licitación, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que se trata de un acto de mero trámite y, por tanto, en principio no podría ser impugnado autónomamente pues, por regla general, sólo serían demandables ante esta jurisdicción los actos definitivos, esto es, los que ponen fin a un procedimiento administrativo, o los actos que crean situaciones jurídicas.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha clarificado desde tiempo atrás que si bien el acto de apertura de la licitación es de mero trámite, lo cual lo excluiría en principio de ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo previsto en los artículos 49, 50 y 135 del C.C.A., lo cierto es que en algunas ocasiones resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal.

Así, en auto de 6 de agosto de 1997, por medio del cual se admitió la demanda de nulidad simple contra el acto de apertura de una licitación, la Sala indicó:

“Aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, **restrinja indebida o ilegalmente esa participación.** Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.

En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

(...). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de APERTURA DE UNA LICITACIÓN O CONCURSO Y DE ADOPCIÓN DE PLIEGOS DE CONDICIONES....” (Resaltado del texto original).

Esta posición jurisprudencial se retomó textualmente en sentencia del 20 de septiembre de 200, a través de la cual se decidió la demanda de nulidad simple que se instauró contra las adendas de una convocatoria pública y se reiteró en sentencia del 26 de abril de 200.

Entonces, por regla general los actos de trámite no son demandables salvo cuando se configuran dos excepciones: en primer lugar, una general aplicable a todos los actos preparatorios y de trámite, según la cual, serán impugnables dichos actos cuando pongan fin al procedimiento del cual hacen parte; en segundo lugar, una excepción especial, prevista por la jurisprudencia concretamente para los actos de apertura en las licitaciones, los cuales serían susceptibles de ser enjuiciados cuando contengan decisiones sobre el fondo del asunto o puedan afectar los principios que deben regir la actividad contractual, como por ejemplo, cuando mediante dicho acto, en lugar de invitar a los interesados a que participen en el proceso de selección en condiciones de igualdad, se restringe de forma ilegal la participación, desconociéndose así los principios de transparencia e igualdad de oportunidad.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala concluye que las decisiones de la Administración contenidas en un acto de apertura de un proceso de selección de contratistas para el Estado, o en un Pliego de Condiciones son actos administrativos de contenido general; y, como consecuencia de ello, podrían ser controvertibles judicialmente mediante la acción de nulidad, tal como ocurre en el presente caso.

No obstante lo anterior, tratándose de los primeros, al ser actos de trámite, entendiéndose por estos los que impulsan el trámite propio de una decisión que ha de tomarse con posterioridad por la Administración y, por tanto, no contienen una decisión de fondo, no crean una situación jurídica particular y no ponen fin a una actuación administrativa, sólo serán impugnables en los eventos excepcionales que se han referido.

Para el caso concreto del estudio y análisis de la resolución de apertura 2010-380-000481-4 se observa que la misma simplemente cumple con las exigencias formales de todo acto de impulso inicial de un procedimiento especial de carácter contractual, en relación con el cual, por lo tanto, no puede hacerse juicio alguno de carácter material en relación con posibles restricciones a la participación de interesados, o violación a principios como los de igualdad o transparencia o en general a los principios y reglas que nuestro ordenamiento jurídico prevé para los asuntos relativos a la contratación estatal.

En realidad, en lo que se refiere a esta resolución, la Sala se encuentra ante un clásico y típico acto de mero trámite que, como ya se indicó, carece totalmente de los elementos necesarios para ser considerada objeto de una acción de nulidad, tal como lo propone el demandante, y por ende no tiene vocación sustancial para ser objeto de controversia o litigio puesto que en sí misma no concurren las exigencias de los precedentes analizados para ser materia de un debate procesal.

En definitiva, dado que la acción de simple nulidad fue la incoada por el demandante tanto respecto del acto de apertura de la licitación como del Pliego de Condiciones, por las razones antes expuestas la Sala concluye que es procedente continuar únicamente con el examen del Pliego de Condiciones, en tanto el acto de apertura de la licitación, en este caso, no reúne las condiciones requeridas para estudiar su legalidad.

3. Del problema jurídico y de las consideraciones para un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que, el objeto del pronunciamiento que corresponde a la Sala en esta oportunidad se ubica materialmente en el ámbito del Pliego de Condiciones de la licitación pública 002 de 2010, para la concesión, operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional; sin embargo, al analizar este acto precontractual en relación con las súplicas y demás capitulados de la demanda, resulta que el actor circunscribió y sustentó la impugnación del acto administrativo en cuestión, en relación con lo preceptuado en el numeral 4.11 del Pliego y, de manera concreta, en lo que tiene que ver con su manifiesta contradicción con el texto del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Por lo tanto el problema jurídico que envuelve a la Sala en este caso, y sobre el cual debe pronunciarse, es si en verdad el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la licitación pública 002 de 2010 es violatorio del ordenamiento jurídico superior en el que debía fundarse y estructurarse; ordenamiento que deviene de manera objetiva y vinculante, conforme las expresiones del demandante, del contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

Para estos efectos, es necesario que la Sala analice previamente los siguientes aspectos: (I) el alcance y contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 en relación con el servicio público de televisión, objeto de la licitación pública No 002 de 2010; (II) el alcance y contenido del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la licitación pública No 002 de 2010 y sus relaciones formales y materiales con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

(I) Alcance y contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 en relación con el servicio público de televisión objeto de la licitación pública No. 002 de 2010.

Es importante destacar que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 aborda sustancialmente el acceso al uso y explotación del espectro electromagnético.

La norma en cuestión, fundada en consideraciones de libre competencia, concurrencia, pluralismo, democracia participativa y transparencia, se ocupa de estructurar un conjunto de reglas aplicables a todos los procesos de naturaleza administrativa por parte de las entidades competentes para otorgar el uso y explotación del espectro electromagnético -bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico-, bien público éste para el cual la Constitución Política establece especiales condiciones de acceso en su artículo 75 y que aquella disposición legal desarrolla.

Incluye la norma, para efectos de su aplicabilidad, la procedencia de sus postulados en relación con un servicio público que la Sala considera vital para la vida cultural, política, económica y democrática de la Nación como lo es el de la televisión de operación privada y de cubrimiento nacional.

El alcance de la norma deberá entonces abordar todos estos aspectos con el fin de determinar de manera específica su ámbito de aplicación. La disposición legal en comento establece lo siguiente:

“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:

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

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

Cuando prime (el interés general), la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa. (El apartado en paréntesis fue declarado inexecutable y los subrayados exequibles condicionalmente. Corte Constitucional. Sentencia C- 403 de 2010)”

1.- Alcance específico del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

1.1.- El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 contiene disposiciones de carácter especial a través de las cuales y con sujeción a inobjetable principios de raigambre constitucional, se establecen reglas imperativas, precisas y claras, configuradoras de los procesos administrativos de asignación del espectro electromagnético -bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico-, transparentes y pluralistas, que tienen por finalidad la maximización de los recursos públicos, esto a través de la competencia que se genera a partir de una amplia participación de todos los actores del mercado interesados en el acceso al mismo.

1.2.- Dados estos caracteres, surge de manera evidente que es de la esencia misma de su configuración, el respeto y operatividad, por parte de la administración, de caros principios constitucionales como los de la libre competencia, concurrencia, pluralismo democrático participativo y transparencia, lo que se refleja de manera indiscutible en la regla de procedibilidad del inciso segundo de la disposición, al exigir la verificación o determinación de la existencia de una pluralidad de interesados en la banda o frecuencia correspondiente, para iniciar válidamente cualquier proceso de selección de contratista de esta naturaleza.

1.3.- Exigencia que no constituye un mero requisito formal o del arbitrio del legislador, sino por el contrario, una talanquera legal para evitar procesos de selección carentes de la sustantividad pluralista y participativa necesaria en relación con un bien tan preciado, valioso y vital para la vida de la colectividad nacional como lo es el espectro electromagnético, en especial, cuando de por medio está la asignación de un servicio público de absoluto interés público, como lo es el de la televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, que por su misma naturaleza y magnitud, no puede ser objeto de un simple proceso de asignación o de concesión por fuera de los más elementales marcos que la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en concordancia con el postulado también constitucional de la libre competencia económica, reclaman para la contratación pública, como es, el conformado por los principios de concurrencia, pluralidad, igualdad y no discriminación, que deben ser garantizados siempre por la administración pública en todos sus niveles.

Baste recordar que al espectro electromagnético, conforme lo ordenado en el artículo 75 constitucional tan solo se puede acceder por parte de los interesados, a través de mecanismos y procedimientos desarrollados por las autoridades administrativas que garanticen igualdad de oportunidades, garantías que solo pueden brindarse bajo condiciones materiales respetando

precisamente el marco de principios enunciado, y que se retoman, precisamente en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, al ordenar como presupuesto del acceso al espectro electromagnético el de la concurrencia plural de interesados.

1.4.- Obsérvese cómo en el inciso tercero de la norma analizada y de manera especial, para la asignación de bandas de frecuencia radioeléctrica en materia de televisión, se ordena que tan solo se pueden abrir e iniciar procesos de selección, si existe un número plural de interesados en dicha banda.

Esta exigencia del legislador se funda, en dos específicas razones, (i) en materia de espectro electromagnético debe garantizarse por mandato constitucional la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo por parte de los interesados, en los términos establecidos en la ley, y para el caso específico la ley lo es la 1341 de 2009, artículo 72, que exige y requiere de presencia plural de interesados, esto es, de la participación amplia de interesados, para lograr los cometidos constitucionales, y (ii) en cuanto es, a través de la presencia plural de interesados, en la competencia generada por ellos, que se busca maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión.

1.5.- Lo dicho deja entrever, en relación directa con los procesos de selección objetiva que invoca la norma, en especial con la subasta, la necesidad de que los participantes dentro del proceso correspondiente pujen necesariamente de manera competitiva, siempre al alza, lo que implica para estos eventos que la subasta propuesta por el legislador, conlleva irremediablemente la presencia de un número plural de interesados, pujando, en cada una de las rondas que se establezcan en los pliegos correspondientes en torno a un precio siempre más alto, lo cual se torna imposible de lograr, bajo condiciones objetivas de ausencia de concurrencia plural de interesados en el proceso de selección de contratistas, que en la modalidad de subasta, instrumente la administración.

La mejor propuesta es aquella que de manera competitiva maximice los cofres públicos y que surja de la confrontación al alza de una pluralidad de interesados, todos aquellos que emerjan del mercado, y se hagan presentes en las subastas que hubieren sido estructuradas por la administración con estricta sujeción a los principios constitucionales, con plenas garantías y sin discriminación de ninguna índole.

Se deduce sin mayor complicación entonces que la exigencia de pluralidad de interesados guarda relación directa e inevitable con la también exigencia normativa de la maximización de recursos para el Estado, o para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, de acuerdo con la redacción de la norma; sin lo uno no se llega a lo otro.

Es que la subasta a la que se refiere la norma se diseñó por el legislador precisamente para lo indicado, es decir, la obtención de recursos siempre más cuantiosos para los fondos mencionados en la norma y adicionalmente para consolidar la transparencia, igualdad y demás principios esenciales del ordenamiento jurídico en la actividad contractual del Estado, lo cual implica, por simple sentido común soportado en las finalidades de la norma en comento, que es necesario, vital e imperativo para el logro efectivo y real de lo indicado, que se garantice por las autoridades responsables de este tipo de contratación, la concurrencia plural de interesados a este procedimiento administrativo especial de subasta.

Definitivamente, se trata de una subasta ligada de manera indisoluble a la competencia derivada de una pluralidad de interesados pujando en procura de un mejor precio para los cofres públicos, a la espera de que se les seleccione de manera definitiva en consideración final de la mejor propuesta económica.

1.6.- Es de la esencia misma de la subasta a que se refiere la norma, su estructuración sobre la base de los principios enunciados lo cual, se repite, emerge sin dificultad de la lectura sistemática y armónica de la misma con la cláusula del Estado social, democrático y pluralista de derecho en los términos del artículo 1 constitucional, pero también, con postulados fundamentales como los de libre competencia económica incorporados en los artículos 88 y 333 constitucionales, y recogidos en el artículo 2, numeral 2, de la misma Ley 1341 de 2009, que implica irremediablemente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación tal como pasa a explicarse.

2.- Alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en relación con el artículo 2, numeral 2 de la misma ley que desarrolla el postulado constitucional de la libre competencia económica.

2.1.- La anterior aproximación conceptual al contenido material del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, que determina una visión de sus connotaciones jurídicas, implica adicionalmente un trabajo de mucha mayor profundidad para efectos de decantar la razonabilidad de la caracterización expuesta, trabajo consistente en adentrarse en el contexto de la misma ley, en especial en relación con los principios orientadores establecidos en su artículo 2, esto, en cuanto así lo establece de manera imperativa la misma ley en su artículo 7, en aras de lograr la coherencia sistemática de sus disposiciones con la preceptiva dogmática en que se funda este marco normativo, de manera que cualquiera de sus disposiciones tan solo puede entenderse, leerse e interpretarse en forma conjunta con los mencionados principios. Al respecto establece la norma en comento lo siguiente:

“Artículo 7o. Criterios de interpretación de la ley. Esta ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios”.

Se trata de una articulación armónica e integradora de contenidos normativos de carácter indisoluble, que vincula cualquier aproximación que se haga en relación con todas y cada una de las disposiciones de la Ley 1341 de 2009, determinando no solo su objeto, sino también, y de manera principal, el sendero teleológico de la misma, en cuanto que ordena que la finalidad de cada una de las disposiciones de la ley, está dada a partir de su integración con los principios orientadores de la misma, entre ellos, y se destaca para efectos de una clara lectura del artículo 72 de la ley, el de “la promoción de la libre y leal competencia” .

Principio orientador este, que si bien es cierto es de raigambre constitucional, el legislador, en el caso de la Ley 1341 de 2009, lo desarrolla conceptualmente en el artículo 2, numeral 2 de su ordenación, determinando e identificando cada uno de sus elementos estructurantes, permitiendo en consecuencia visualizar sustancialmente los mandatos de los artículos 88 y 333 constitucionales en relación con este sustento fundamental de nuestro sistema económico. Al desarrollar el principio indica el legislador lo siguiente:

“Artículo 2.- Principios orientadores. (...) 2. Libre competencia: El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen

de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.”

Lo que significa que la libre y leal competencia económica, entendida bajo el contexto de cada uno los elementos estructurantes de la norma citada, conforma materialmente con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 un solo cuerpo normativo, un solo contenido, por lo tanto, un concepto único, en consecuencia, una sola línea de propósito, finalidad, entendimiento e interpretación que demarcan articuladamente los senderos de acción y operación de la administración en procura de cumplir con lo en ella establecido.

En otras palabras las reglas instituidas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados, solo son entendibles jurídicamente bajo consideraciones de libre y leal competencia económica.

2.2.- Ahora bien, la anterior remisión interpretativa del legislador, al concepto de libre y leal competencia económica deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica, en cuanto soporta a oferentes y demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad, vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo, de aquí que el legislador lo convierta en la piedra angular de cualquier lectura que se haga de la Ley 1341 de 2009.

Mientras el artículo 88 constitucional le reconoce el carácter de derecho colectivo, el artículo 333 constitucional se pronuncia en relación con la libre competencia en los siguientes términos:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Así las cosas, la libre competencia económica, recogida en los artículos 88 y 333 constitucionales, constituye una especial y particular situación de interacción dinámica y permanente entre los agentes característicos del mercado, en la cual, en relación con estos, se predica la existencia de un claro derecho subjetivo, soportado en el concepto de libertad, que les permite, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quien compra o adquiere estos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado, lo cual, dada la magnitud

y significado de esta interacción, se reconoce constitucionalmente como un asunto de interés para la colectividad en general, aspectos todos estos que deben ser garantizados y protegidos por el Estado, y solo limitados excepcionalmente en fundadas razones de interés general por el legislado.

La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir.

Para la Corte Constitucional esta resulta ser una de las determinantes sustanciales de la libre competencia económica:

“...La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado...

En este sentido, la posibilidad recíproca de los agentes del mercado de elegir entre varias opciones, sustenta, desde la perspectiva de las normas constitucionales y legales invocadas, la regla general de la necesaria concurrencia de dichos agentes al mercado bajo consideraciones de pluralidad y de igualdad. La libre competencia económica no solo implica garantizar al individuo el libre ejercicio de una actividad económica cualquiera dentro de los límites legales; también supone su consideración plural en cuanto todos son potenciales agentes del mercado. De tal manera, se pretende armonizar el interés privado y particular del competidor, con el interés de la sociedad y del Estado que propende por la existencia de un mercado o sistema económico competitivo, equitativo y participativo.

Ahora bien, por su incidencia en la vida de la sociedad colombiana, el artículo 88 de la Carta le atribuye a la libertad de competencia económica el carácter de derecho colectivo, esto es, vinculado adicionalmente con el abstracto mundo de la colectividad, que consolida los compromisos económicos bajo la idea de lo social; en este sentido, va más allá de una simple libertad de corte individualista, apuntalando en nuestro ordenamiento jurídico un derecho que incorpora los intereses subjetivos bajo el amplio contexto de los derechos colectivos, esto es una figura ligada por esta consideración a la idea de pluralidad e interacción social, básicamente dialéctica para su consolidación y desarrollo real y efectivo.

Posición ampliamente reiterada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al determinar el alcance de los artículos 88 y 333 constitucionales, sobre la base de su lectura sistemática con las cláusulas del Estado social de derecho y del Estado democrático, que de manera común postulan la pluralidad y participación como esenciales dentro de una concepción social de mercado. Al respecto se ha indicado lo siguiente:

“... la Corte ha insistido en que 'se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado'. Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refieren a 'a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”

2.3.- Sobre el conjunto de las anteriores consideraciones se ha construido en el ordenamiento colombiano un concepto de libre competencia que irradia las reglas establecidas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 a partir de su sometimiento a un concreto y definido marco de principios estructurantes del contenido material de esta libertad económica.

Conjunto de mandatos de optimización de reconocimiento positivo en los artículos 88 y 333 constitucional, al igual que en el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, e incluso en la misma norma analizada, que se concreta en lo siguiente: libre concurrencia plural de interesados al mercado; conformación dinámica de los precios; igualdad y no discriminación en el acceso al espectro electromagnético, esto es, sin privilegios a favor de uno o algunos de los competidores; transparencia, y selección objetiva. A continuación se analizará el alcance de éstos:

2.4.- Conforme a los desarrollos de la doctrina y los propósitos mismos de las normas señaladas, el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratant.

El postulado, así visto, se funda igualmente en consideraciones profundamente inspiradas en la cláusula constitucional de la democracia, tales como la competencia, la concurrencia participativa y plural de actores del mercado interesados en relacionarse con la administración pública, lo que permite sostener la necesaria convivencia de un sistema económico democrático, fundado en la libre competencia plural como interés de la colectividad. La jurisprudencia

constitucional así lo ha entendido de manera pacífica:

“...Dichos elementos constitutivos de la libertad de concurrencia económica dan lugar a un andamiaje jurídico que cristaliza en dos vertientes normativas, por un lado la legislación dirigida a reprimir la competencia desleal, la cual mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado protege los derechos económicos subjetivos de los empresarios; la segunda, la legislación antitrust, elimina las barreras que puedan constituir una afrenta a la competencia como tal y contra el interés público que ella salvaguarda, contra los derechos de los consumidores y su bienestar...”

En aplicación de este principio, las reglas contempladas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, deben suscitar irremediamente la concurrencia, conclusión que a simple vista se desprende del mismo título del artículo cuando indica que se están incorporando reglas, “para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados”, idea rectora que se retoma en los desarrollos mismos del artículo en cuestión al exigir la determinación previa de la existencia de pluralidad de interesados para iniciar el proceso de selección correspondiente.

Sin embargo, donde aparece la exigencia de concurrencia con mayor énfasis en los términos expuestos por la doctrina en relación con el mismo, es precisamente en el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, al indicar de manera clara e inobjetable que es deber del Estado propiciar **“...escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia...”** o sea, en otras palabras, **articulando este mandato con las reglas del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, significa que absolutamente todas las hipótesis y escenarios que en relación con la aplicación de las mismas efectúe la administración debe hacerse sobre consideraciones de competencia entre varios interesados, entre varios actores del mercado en capacidad de ofrecer los bienes o servicios que sean de interés de la administración, para el caso, el acceso al espectro electromagnético, para la prestación del servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional**

La subasta admitida como procedimiento objetivo en la norma está en consecuencia inmersa en las consideraciones del subprincipio en cuestión, esto es, objeto de concurrencia para su procedencia y logro de las finalidades para las cuales se le considera en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sobre todo, y esto lo resalta la Sala, cuando es a partir de esa concurrencia plural de interesados que a través de actuaciones competitivas de puja buscan lograr mejores precios para los fondos “... de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión...”.

La concurrencia se convierte para el concepto de libre competencia económica en su determinante jurídica, en la base de toda su construcción en cuanto que sin ella se haría imposible cumplir los propósitos constitucionales del principio y la interacción en el mercado sería imposible. Es que precisamente la libre concurrencia busca la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima participación competitiva posible, lo cual referido a procedimientos como los de subasta, incorporado en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, significa su conformación a partir de la dinámica de la controversia de pujas efectuadas por varios de los concurrentes, en cuanto mecanismo para maximizar los recursos a ser recaudados en dirección a los cofres públicos que enuncia la norma.

Por último, la Sala agrega, desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad y con

fundamento en lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, que la exigencia de concurrencia en la consolidación del principio de la libre competencia económica, por lo tanto, de la presencia actuante de un número plural de interesados en el proceso de asignación de bandas de frecuencia prevista en el artículo 72 de la citada ley, es también una clara e inobjetable manifestación de la necesaria garantía de la libertad de expresión en las sociedades democráticas.

En efecto, la participación de un número plural de interesados en dichos procesos de asignación de bandas de frecuencia propicia la masificación y democratización de la participación de los individuos en el acceso a los medios de comunicació.

2.5.- El principio de la libre concurrencia se acompaña y se complementa de manera lógica, en la estructura constitucional y legal de la libre competencia, del principio de la conformación competitiva de los precios, inherente a la dinámica controversial y dialéctica de los actores del mercado que por su misma fuerza determina el valor real de los bienes o servicios en el mismo. Se trata de un principio neurálgico dentro de la concepción de la libre competencia en la medida en que es el que consolida realmente toda su dinámica en el resultado esperado de un proceso competitivo como es el de llegar al precio en el mercado del bien o servicio ofrecid, que en este caso específico cobra mayor relevancia por la naturaleza del bien a adjudicar y por la finalidad misma que se pretende, que es la maximización de los recursos.

La conformación competitiva de precios, mejor conocida en algunas legislaciones como conformación dinámica de los precios, parte de presupuestos competitivos y no artificiales o regulados en relación con los mismos. El precio es el resultante de la interacción de los actores del mercado en su puja permanente, para lo cual deben tener la libertad para vender y comprar, accionar este que se configura como el campo fértil y adecuado para el surgimiento del preci.

Este principio emana sin mayor esfuerzo de los contenidos de las normas analizadas, no solo en su espíritu, sino en los contenidos materiales de las disposiciones que nos ocupan, que lo incorporan de manera directa y efectiva. La Sala destaca que de la simple lectura del artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009 surge de manera clara que el valor de los bienes o servicios en materias cobijadas por la norma, lo determinarán los actores dinámicos del mercado, "... con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado...", esto compitiendo entre ellos permitiendo el flujo de variables necesarias para llegar a precios de mercado y no a precios artificiales.

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 funda su preceptiva sobre este principio, no solo al tener como punto de partida para su aplicabilidad la pluralidad de interesados, sino también, de manera principal y directa, cuando esa pluralidad se requiere para que a través de la confrontación de estos actores, surjan precios que maximicen los recursos para el Estado, luego el precio a pagar por los interesados en acceder al uso y explotación del espectro electromagnético – bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico – para efectos de la prestación del servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, debe siempre surgir de manera competitiva y no artificial, o a partir de criterios diferentes al de la conformación dinámica del mismo.

Para la Sala, esta realidad conceptual derivada del análisis normativo irradia y contextualiza las finalidades de los procesos de selección objetiva a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en especial de la figura de la subasta allí mencionada, los cuales entonces solo pueden ser entendidos en cuanto instrumentos para la conformación competitiva del precio (maximización) que el legislador espera que se pague por el interesado seleccionado en el acceso al espectro,

recursos con destino a los fondos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión.

El concepto de maximización de recursos utilizado por el legislador en la disposición comentada, no es más que un efecto de la debida instrumentalización de mecanismos adecuados para garantizar la conformación dinámica o competitiva del precio a pagar por el acceso al espectro, así lo debe entender y darle aplicación la administración cuando inicie cualquier actuación de las contempladas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

La Corte Constitucional recoge estos postulados básicos de la libre competencia económica en los siguientes términos:

“...La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económico.

En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principi, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema. Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

2.6.- El postulado de la igualdad y no discriminación incorporado en el artículo 13 de la Constitución Polític

, en sus relaciones con la materia misma de la libre competencia de los artículos 88 y 333 constitucionales, configura el ajuste superior de dos derechos subjetivos de los colombianos: el primero de ellos, el de actuar bajo regla general en condiciones de libertad en el mercado accediendo y compitiendo en el mismo, y el otro, íntimamente ligado con éste, que hace que realmente la competencia sea efectiva y por lo tanto, que permite hacerlo materialmente viable, definido como fundamental por la Constitución Política, y que proclama que toda persona debe

ser tratada siempre de manera digna y no diferencial en el ejercicio de sus derechos, libertades y oportunidades, esto en cuanto constituye un valor fundante del Estado social de derecho el de brindar la misma atención y protección a todas las personas.

El postulado en consecuencia gira en torno a la igualdad ante la ley, la igualdad de protección y la igualdad de trato por las autoridades, así como, el deber del Estado de adecuar las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva, todo momento y lugar. Implica por elemental garantía, que todo criterio diferenciador tan solo puede provenir de la voluntad general depositada bajo esquemas democráticos en el legislado—.

Como lo destaca la Corte Constitucional, el legislador “está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros. Lo que significa por otra parte que las autoridades administrativas en su trato con las personas deberán dispensar a todas ellas el mismo trato y protección, en los términos de la Constitución y la ley, no estableciendo limitaciones ni restricciones más allá de las previstas de manera proporcional por el legislador.

En este sentido el principio constitucional de igualdad, regulado en el artículo 13 de la Carta, que engendra el derecho fundamental de esta misma denominación, en concordancia con el artículo 5 de la misma norma superior, incorpora a nuestro ordenamiento el de la proscripción a la discriminación, que afecte o vulnere los derechos, libertades y oportunidades de las personas, lo que trasladado al ámbito de la libre competencia económica significa, la tacha absoluta al tratamiento diferente, injustificado y desproporcionado y sin fundamento legal que trunque la realización efectiva, real y oportuna de los presupuestos básicos del principio de la libre competencia, tales como los de concurrencia, y conformación competitiva de los precios, transparencia y los demás que se desprendan del contexto de las normas objeto del presente análisis.

En materia de libre competencia el principio de igualdad de tratamiento a los actores del mercado, prohíbe no solo cualquier tipo de discriminación manifiesta, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

2.6.1.- Esto es, en sus relaciones con las reglas del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 configura ante todo el derecho subjetivo que le asiste a los actores del mercado interesados en relacionarse por la vía negocial con la administración pública, a los cuales les reconoce el derecho a que se les brinde de manera efectiva todas las garantías necesarias en relación con la concurrencia, participación y competencia con otros participantes en los procesos de selección de contratistas que inicie la administración en aras de satisfacer las necesidades públicas, evitándoles talanqueras desproporcionadas, inútiles o innecesarias.

La finalidad de la igualdad no puede ser otra en materia de competencia económica, que la de favorecer una competencia efectiva a través de tratos idénticos a situaciones comparables que involucren actores del mercado. Materialmente, encarna igualdad de oportunidades a todas las personas en el ámbito de la competencia y la contratación pública.

Ahora bien, en relación con el derecho positivo objeto de análisis, la Sala observa que el principio está recogido de manera expresa en la Ley 1341 de 2009 en relación con los asuntos que son objeto de su regulación, dentro de los cuales se comprenden, como se ha explicado

ampliamente, los relativos a la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 72 de su ordenación. En efecto de la lectura del artículo 2, numeral 2 de la ley mencionada, se lee que la libre competencia se garantiza bajo “...condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros...”.

Lo que significa, sin mayor esfuerzo o dubitación que estos claros mandatos son de aplicación ineludible por la administración a todos los procesos de naturaleza administrativa a través de los cuales se pretende otorgar por las entidades competentes, por lo tanto, acceder por los interesados, al uso y explotación del espectro electromagnético – bandas de frecuencia, espectro radioeléctrico – para el caso en relación con el servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional.

Resulta por lo demás obvio destacar que los procesos de selección, cualquiera que sean ellos, en especial el de subasta, debe estar dominado por el principio de igualdad, no solo de concurrencia, que para el caso lo sería plural, dada las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sino también, en la competencia conformadora del precio “maximizado” para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, tal como lo ordena la norma.

La no presencia de pluralidad de oferentes en la subasta rompe en consecuencia con el principio de igualdad, y significaría la adopción de formas encubiertas de discriminación perturbadoras sustancialmente de los propósitos definidos en el artículo 72 de la Ley 1341 para la subast.

2.6.2.- Por otra parte, la Sala destaca que el principio en estudio resulta también relevante para el caso que nos ocupa, en cuanto el artículo 75 constitucional, que es la disposición que se aborda materialmente en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sujeta de manera imperativa el acceso al uso del espectro electromagnético al respeto y acatamiento al principio de igualdad, por lo tanto, a su acceso garantizado mediante concurrencia y competencia, en los términos que se han expuesto, lo cual incide de manera directa en el sentido e interpretación que deba dársele a la norma legal aludida.

Obsérvese que el artículo 75 constitucional además de establecer una naturaleza especial para el espectro electromagnético, dada su importancia y trascendencia para el interés público, establece también, precisos y especiales condicionamientos para su acceso y uso, soportándolos precisamente en el respeto y aplicación efectiva, real y material del principio constitucional de igualdad sustentador de un claro derecho fundamental de todos los actores del mercado interesados en el acceso y uso del espectro electromagnético, por ello se establece en la norma constitucional que, “...Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley...”.

Lo que significa que el acceso al espectro electromagnético, dada su naturaleza especial de bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto a la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización.

Es que la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma vincula a una pluralidad de actores del mercado interactuando, luego en relación con el tratamiento que se le dé a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y

oportunidades, en relación con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención.

Y esto es así, en la medida en que constituye una verdad a todas luces, que al abordar esta precisa materia del acceso al espectro electromagnético, el legislador en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, lo circunscribió, por vía de la integración con sus artículos 2 -numeral 2- y 7 a condiciones de libre competencia, luego la igualdad en el acceso debe entenderse bajo el contexto y conforme a los postulados de la misma, claramente definidos precisamente en los artículos mencionados y que han sido objeto de pronunciamiento a lo largo de estas consideraciones.

Con la expedición de la Ley 1341 de 2009, en especial en las normas referenciadas, lo que la Sala observa, es que en desarrollo de los deberes a que hace referencia el artículo 13 constitucional, el Estado está promoviendo condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en relación con el acceso y uso del espectro electromagnético, e igualmente está interviniendo para que esa igualdad, se materialice bajo conceptos democráticos y de libre competencia en la medida en que al postular principios como los de concurrencia, y conformación competitiva de precios, está vinculando el concepto de igualdad a unos referentes objetivos de indudable contexto constitucional y por lo tanto garantísticos de los fundamentos de nuestro sistema jurídico.

Lo anterior, encuentra aún mayor razonabilidad a partir de la interpretación armónica y sistemática del artículo 75 constitucional con los mandatos de su inciso segundo, según los cuales, "...Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético..."

Intervención que adicionalmente hace el legislador en la Ley 1341 de 2009, en cuanto es de su órbita de responsabilidades garantizar la igualdad de oportunidades tanto en el acceso como en relación con el uso del espectro electromagnético, precisamente para garantizar condiciones de libre competencia y evitar prácticas monopolísticas, que es precisamente lo que busca la ley en cuestión al postular la concurrencia en el acceso y la pluralidad participativa de los agentes del mercado interesados en el mismo.

Bajo estas consideraciones resulta imposible una lectura del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 que pretenda hacerse sobre fundamentos o consideraciones excluyentes de la racionalidad y contenido material de la libre competencia, por lo tanto, ausente de juicios de concurrencia participativa y plural, al igual que de competencia entre los actores del mercado, salvo las expresas y justificadas excepciones que establezca el legislador como de hecho se hace en el inciso final del artículo en coment.

Entonces en desarrollo del mandato constitucional el legislador debe garantizar el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones exigidas para asegurar la ejecución óptima del objeto de la concesión que se pretende adjudicar, sin que le sea dable favorecer la concentración de los medios o las prácticas de monopolio, circunstancia que desconocería, además, el libre acceso en condiciones de igualdad, tal como lo consagra el artículo 75 de la Constitución Política.

La intervención del Estado por tanto, tiene por objeto facilitar el acceso equitativo a la prestación del servicio de telecomunicación, entendido como servicio público, lo que se traduce en garantizar la igualdad de oportunidad a quienes estén interesados en acceder al uso del espectro

electromagnético.

La igualdad, como se explicó, hace que realmente la competencia sea efectiva y por lo tanto, busca hacerla materialmente viable, encarna en todos los aspectos, consolidar el derecho subjetivo de la libre competencia, a través de la profundización del derecho fundamental a un trato igualitario en las oportunidades de los actores del mercado, lo que implica la necesaria articulación consolidadora con principios tan vitales para la libre competencia como los de concurrencia, conformación competitiva de precios, que en sí mismos retoman conceptos como los de pluralidad en el mercado y participación.

2.6.2.1.- Particularmente en relación con el acceso al uso del espectro electromagnético, la Corte Constitucional ha señalado que “...le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, **siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio**, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto.”

2.6.2.2.- Bajo tales presupuestos, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado ha entendido que la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético prevista en el artículo 75 de la Constitución Política permite inferir que dicha actividad “se encuentra directamente abierta a la iniciativa privada y a la libre competencia, sin perjuicio de las regulaciones legales; es decir, no puede existir en Colombia monopolio sobre el uso de dicho bien público”.

Según esta Corporación, el inciso 2 del citado artículo 75 de la Constitución establece expresamente que en el acceso al uso de dicho bien público se garantizará el pluralismo informativo y la competencia mediante la intervención del Estado en aras de evitar las prácticas monopolísticas. En tal sentido, se ha establecido que de la lectura del referido artículo 75 de la Carta Política se arriba a tres conclusiones “esenciales”:

“1ª Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Art. 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo.

2ª El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.

3ª El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley. (Resaltado fuera del texto)

2.6.2.3.- Es dable destacar, como lo expuso el Consejo de Estad, que a la luz del artículo 75 constitucional, el hecho de que el espectro electromagnético sea un bien público y se permita el acceso a su uso, no implica que toda persona particular esté habilitada para ejercer tal derecho, puesto que la viabilidad jurídica de las solicitudes que en tal sentido se eleven, están supeditadas a los preceptos legales que no resulten incompatibles con la Carta Política de 1991, sino que por el contrario, permitan hacer efectivo el acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones y que eviten las prácticas monopolísticas.

En tal sentido, si bien el texto constitucional alude al acceso de los particulares en igualdad de condiciones, dicho acceso puede ser limitado mediante ley, habida cuenta de la especial relación entre el espectro electromagnético y los servicios públicos relativos a las telecomunicaciones. Así, el legislador puede establecer limitaciones razonables y proporcionales en aras de garantizar la capacidad legal, financiera y técnica de los futuros contratistas.

A partir de una lectura sistemática de los artículos 13 y 75 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en concordancia con la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, es obligación del Estado permitir y propiciar “el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar y, en tal sentido, garantizar “la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración (Resaltado fuera del texto).

En efecto, la cláusula constitucional de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético garantiza el derecho que tienen todas las personas a presentarse y participar en los procesos tendientes a obtener autorizaciones o concesiones para la prestación de un servicio público que implique la utilización de dicha banda, sin que en el mismo se establezcan obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionadas, siempre partiendo de la base de la pluralidad de participantes.

2.7.- Adicional al anterior marco de principios del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, se hace mención a los de transparencia y selección objetiva, lo cual no significa de entrada, en opinión de la Sala, que en los procesos que se adelanten por parte de las autoridades administrativas competentes para el cumplimiento de los propósitos de la mencionada disposición legal, no se le dé estricto y cabal cumplimiento a otros importantes y trascendentes principios generales de la contratación pública como los de legalidad, economía, planeación, publicidad, buena fe, proporcionalidad, en fin todos aquellos predicables del fenómeno negocial del Estado sobre consideraciones de Estado social y democrático de derecho, libertad de empresa y de competencia económica.

2.7.1.- Ahora bien, se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en su inciso primero, a la imperiosa necesidad de que los trámites y procedimientos en él regulados se sujeten al principio en cuestión, con el fin de hacer de sus procesos un contexto democrático de transparencia.

Para estos efectos, la Sala observa que referirse a la transparencia dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones.

Significa referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general. Bajo las estructuras de nuestro sistema jurídico, la gran regla general dominante, enseña que quienes ejercen el poder, al igual que cualquiera de los servidores públicos de cualquier orden, "... no deben tener apenas secretos para los ciudadanos, por lo mismo que éstos son los auténticos titulares y propietarios de aquel. Es notorio, por otra parte, que los sistemas autoritarios o totalitarios tienden naturalmente a levantar un velo impenetrable de misterio sobre la actuación de sus poderes: el secreto, ciertamente, incrementa la eficacia de las técnicas de dominación y control social...

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina.

En este sentido, toda lectura de la norma en comentario nos acerca de manera inevitable a la realización de procesos ante todo públicos, transparentes, vertidos al ámbito de la publicidad y por lo tanto garantes de la igualdad y la concurrencia.

2.7.2.- El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores público.

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.

Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entida.

Bajo este contexto explicativo debe entenderse el inciso tercero del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, cuando señala que, "... 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...”

Quiere el legislador que el principio en cuestión, se aplique por la administración en todo y cualquiera de los procedimientos de selección que adelante para darle cumplimiento a los propósitos y finalidades de la norma, sea subasta o cualquier otro, en todos ellos, sin distinción alguna, deberán reinar de manera absoluta las consideraciones y variables objetivas y no las subjetivas para la selección de la mejor propuesta. Este es el alcance posible de la referencia a selección objetiva en la norma.

Por otra parte, encuentra la Sala que de la disposición surge otro claro mandato legal y es de que dos de las variables objetivas que no pueden de manera alguna faltar para efectos de la selección objetiva son las de la pluralidad de oferentes y la de maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, ellas siempre deben jugar con todas las demás, que la estructuración y planeación del negocio recomienden, independientemente del procedimiento adoptado, sea o subasta pública o cualquiera otro que se adopte de acuerdo con la ley.

Conforme a la redacción de la disposición cualquier decisión administrativa relativa a la selección de mejor propuesta, para que se considere realmente objetiva, debe estructurarse en la consideración necesaria de estos dos factores objetivos que el legislador incluye como condicionantes para efectos de la respectiva selección.

(II) El alcance y contenido del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010 y sus relaciones formales y materiales con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

La norma demandada aborda sustancialmente varios aspectos de trascendencia en relación con el proceso licitatorio y de subasta que regula, son ellos los siguientes: el del concepto de subasta fincado en un único proponente habilitado; la aplicación al trámite especial de esta licitación en la modalidad de subasta, de las normas propias de la contratación ordinaria de la administración pública, en especial el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008; la fijación del precio a partir de una única propuesta económica aumentada en los porcentajes del pliego y por último, el acceso y uso del espectro electromagnético -espectro radioeléctrico y la banda de frecuencia correspondiente- para efectos de la prestación del servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, a partir del agotamiento de un proceso administrativo con la simple participación de **un interesado o único proponente habilitado**.

La disposición del pliego cuestionada establece lo siguiente:

“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” (Resaltado por fuera del texto original).

1.- Alcance específico del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010.

1.1.- Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Único. Es importante destacar que en el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010, objeto de la demanda de nulidad, se regula un aspecto específico y concreto del amplio contexto de materias que contiene este acto administrativo de carácter general, cual es, el de la posibilidad de adjudicar la licitación, que en la modalidad de subasta fue abierta por la CNTV, para seleccionar un concesionario de un canal de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional, **a un único proponente habilitado**, concesionario que por esta vía tendría acceso al uso y explotación del espectro electromagnético -espectro radioeléctrico y la banda de frecuencia correspondiente-.

Este razonamiento surge de lo estipulado en los numerales 1.6 y 1.7 del mismo pliego de condiciones, al establecer que el régimen legal de la licitación y del contrato, entre otras normas, comprende la Ley 1341 de 2009 en relación con la subasta como mecanismo de selección del concesionario, mandato reiterado en la segunda de las disposiciones al establecer que, “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 5 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”. Resaltado por fuera del texto original.

El texto de la norma es claro y no llama a discusión alguna en cuanto a su alcance. Del mismo se concluye sin mayores esfuerzos hermenéuticos que la decisión de la CNTV al estructurar los pliegos, no fue otra que la de concebir un proceso de licitación en la modalidad de subasta, la del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, con la presencia de un único proponente habilitado, y no a partir de la competencia natural entre un número plural de actores del mercado interesados en la prestación del servicio de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional.

Proponente único habilitado al que por lo demás, se le adjudicaría la concesión, si su propuesta reúne los demás presupuestos del mencionado numeral, que de por sí implica, conforme se ha destacado, el acceso y uso del espectro electromagnético, bien de uso público y de tratamiento jurídico especial fundado sobre bases de igualdad, tal como se ha dejado establecido en la presente providencia.

En torno a esta hipótesis gira la totalidad del diseño y contenido normativo de la disposición impugnada y por lo tanto, su fuerza jurídica -validez y eficacia de la misma- se debe producir en la inequívoca dirección expuesta.

1.2.- Remisión a la normatividad general de la contratación de la administración. Para efectos de consolidar la idea central del numeral impugnado, la CNTV acude en el numeral 4.11 del pliego al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, que introdujo modificaciones a la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la contratación de las entidades estatales, disposición reglamentaria que dispone lo siguiente:

“Adjudicación con oferta única. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de

subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones.”

Remisión esta, advierte la Sala que se hace, no obstante que la subasta permitida en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, es una norma especial con reglas y principios propios que se derivan del mismo contexto y sistemática de la Ley 1341 de 2009, y que como se ha advertido profundamente en el trascurso de esta providencia, está de manera directa sujeta al principio de la libre y leal competencia, por lo tanto a su operatividad sobre la base de consideraciones de respeto a la concurrencia, pluralismo participativo, conformación competitiva de precisión, e igualdad.

Bajo estas consideraciones, el sentido y querer de la administración al redactar el inciso segundo del numeral 4.11 de los pliegos es claro, al considerar que la subasta a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se puede regir por las normas de la contratación ordinaria de la administración y por esta vía adjudicar la concesión y por lo tanto, permitir el acceso y uso del espectro electromagnético a un único proponente habilitado.

1.3.- Fijación del precio de la oferta económica por fuera de los marcos de la competencia. Dado que la estructuración jurídica del numeral demandado se hizo por la CNTV sobre los soportes conceptuales antes expuestos, partiendo de la negación a una puja real y efectiva entre un número plural de interesados proponentes, el precio en la subasta propuesta en el numeral 4.11 del pliego no se conforma a partir de la interacción dinámica de ofertas, en cuanto no hay con quién competir o pujar en rondas diversas, razón por la cual la CNTV estableció en el numeral impugnado un sistema regulado del valor a ser pagado por el oferente único favorecido, esto es, un precio de tabla y no de conformación competitiva, luego la maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, no depende del mercado, sino de una fórmula preestablecida por la entidad administrativa.

Indica la disposición al respecto que “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”.

2.- Posición de la Sala en relación con la legalidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010, de acuerdo con los alcances advertidos de esta norma contractual y en concordancia con los cargos de la demanda.

2.1.- Del cargo formulado contra el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010. El demandante propuso un único cargo: “violación del artículo 72 de la ley 1341 de 2009”, porque no se garantiza la pluralidad de interesados, ni la maximización de los recursos del Estado y se hace referencia al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, que no resulta aplicable a los procesos de licitación pública que tienen por objeto la asignación del espectro radioeléctrico.

2.2.- Posición de la Sala en relación con los alcances del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones

de la licitación pública 002 de 2010, frente al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. La Sala considera que el numeral 4.11 del pliego, tal como fue estructurado por la CNTV y trasladado a norma jurídica vinculante de la licitación en cuestión, desconoce abiertamente y en consecuencia viola el marco normativo y de principios superiores sobre el cual debió ser construida y proferida dicha disposición; marco normativo superior que no es otro que el que deviene por la vía del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, conforme se pasa a explicar:

2.2.1.- Posición de la Sala en relación con la obligatoriedad de la oferta para el Proponente Habilitado Único. Para la Sala la hipótesis que le sirve de sustento al numeral 4.11 del pliego configura ante todo un imposible jurídico conforme lo ampliamente explicado en relación con los alcances del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, esto es, que no tiene cabida en el marco sustancial de la disposición legal referida, en cuanto que incorpora una hipótesis absolutamente contraria y por lo tanto incompatible desde todo punto de vista con los contenidos materiales de la norma superior en la cual se pretende soportar.

No se pierda de vista que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 constituye un claro e inobjetable instrumento para hacer viable la libre y leal competencia a que se refieren los artículos 88 y 333 constitucionales, en los términos y condiciones de los artículos 2, numeral 2 y 7 de la misma ley.

Por otra parte, esta norma a su vez, incorpora una preciada herramienta del legislador para garantizar de manera amplia el principio constitucional de igualdad que el artículo 75 superior ordena que constituya la base sobre la cual se permita el acceso y uso del espectro electromagnético.

No obstante, un simple acercamiento al contenido de la norma impugnada le permite a la Sala concluir que ésta se funda en razonamientos contrarios a la libre competencia y pretende generar un evidente y real acceso y uso del espectro electromagnético contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto deja a un lado el postulado constitucional de la igualdad, propiciando un acceso y uso del espectro bajo condiciones no generadas en el respeto a la concurrencia y la pluralidad como se expuso en apartados anteriores de esta providencia.

Para la Sala los desconocimientos al ordenamiento jurídico superior en que incurre en este aspecto el numeral 4.11 del pliego de condiciones y, por lo tanto, que dan lugar a la configuración de la causal de nulidad invocada por el demandante se concretan en los siguientes:

(i) Desconocimiento absoluto del principio de la libre y leal competencia que conforma materialmente los contenidos normativos del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, bajo su entendido sistemático con los artículos 2, numeral 2 y 7 de la misma, lo que lleva a que el numeral demandado tenga como punto vital y de impulso jurídico una razonabilidad ausente de la preceptiva competencial libre y efectiva a que se refieren los artículos constitucionales 88 y 333 en los términos explicados en esta providencia, lo que implica necesariamente y para todos los casos la presencia plural de interesados proponentes actuando de manera dinámica, esto es, compitiendo en torno a la configuración de una mejor propuesta para la entidad pública, en el caso particular, a través de la maximización del precio a ser pagado por el mejor postor en la subasta.

(ii) En este sentido, el numeral 4.11 del pliego es el producto del desconocimiento absoluto del principio de la necesaria concurrencia de los actores del mercado interesados en acceder al espectro electromagnético y contratar con la administración pública la prestación del servicio de televisión privada y de cubrimiento nacional a través del mismo; principio este, derivado de la

concepción constitucional de la libre competencia y que constituye un componente sustancial esencial del mismo, conforme lo establece el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, al configurar la competencia necesariamente sobre la base de la pluralidad de concurrentes y no solo de un interesado o proponente, que para el caso es la misma cosa.

La ley está ordenando, y así se deduce de su simple lectura, el respeto a la pluralidad de interesados y no solo a la presencia de uno de ellos.

Lo que se quiere es que los actores del mercado, que no son otra cosa que personas que guardan un interés en el acceso y uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión, puedan materializar ese interés a través de propuestas y que a partir del interaccionar de las mismas se llegue a la mejor de ella

Al actor del mercado le embarga un interés que se traduce jurídicamente en propuestas.

(iii) El desconocimiento absoluto del principio de la concurrencia y como consecuencia del mismo, la ruptura del postulado de la libre y leal competencia se hace patente y así lo destaca la Sala, en la concepción retomada en la norma demandada, según la cual es posible la competencia de un único interesado o proponente en una licitación en la cual se pretenda adjudicar bajo la modalidad de subasta, lo cual riñe manifiestamente con la realidad de los mandatos imperativos del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 interpretado a la luz de los artículos 2, numeral 2 y 7 de la misma, que para el caso concreto ordenan es una subasta competitiva, en cuanto mecanismo para la determinación del precio mediante el interaccionar de varios sujetos y no solo uno de ellos.

Proponente único en esta modalidad de subasta rompe la columna vertebral estructuradora y de principios de la Ley 1341 de 2009 ampliamente recogida en los numerales anteriores de esta providencia. Los procedimientos de selección a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en especial la subasta al alza que es la que incorpora sin duda alguna el artículo en cuestión, es por su misma naturaleza plural y competitiva, lo cual no deja la posibilidad a la administración de diseñar una subasta que no se caracteriza conforme a estos postulados fundamentales de la ley.

(iv) Se viola el principio de igualdad en materia de acceso y uso del espectro electromagnético ordenada en el artículo 75 constitucional y que es el objeto inmediato de las reglas establecidas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en cuanto tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación y es asunto pacífico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la igualdad implica respeto a la libre y leal competencia lo que no ocurre en el caso que nos ocupa en cuanto se parte de la negación a la competencia para instituir la hipótesis del proponente único habilitado.

El acceso al espectro electromagnético, dada su naturaleza especial de bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto a la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización, y permitir un proponente habilitado único, implica actuar bajo situación de desconocimiento de este postulado básico.

Como se advirtió al determinar el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma se vincula es a una

pluralidad de actores del mercado interactuando, luego es en relación con el tratamiento que se le da a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y oportunidades, ligados con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, que se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención.

La disposición demandada está absolutamente lejana de esta realidad material determinada por el ordenamiento jurídico colombiano, luego no puede considerarse más que violatoria del mismo.

2.2.2.- Posición de la Sala en relación con la remisión a la normatividad general de la contratación de la administración. Para la Sala la remisión que se hace en la norma demandada al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007, va más allá de las fronteras de la simple imprecisión; sumerge la norma en una incontrovertible situación de ilegalidad que la Sala no puede dejar pasar por alto en aras de mantener la integridad de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 es una norma reglamentaria de la ley de la contratación pública, esto es, que desarrolla un marco normativo de referencia, por lo demás diferente al de la Ley 1341 de 2009 que como se ha establecido de manera clara y amplia en esta providencia, sujeta la subasta en ella regulada de manera concreta al principio constitucional de la libre y leal competencia, en el cual el punto inevitable de partida para cualquier consideración, es el de la concurrencia y de la participación plural de actores interesados, luego, sin entrar a controvertir la legalidad del mencionado artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Sala encuentra que dadas las características y naturaleza de las hipótesis en él reguladas, no resulta de aplicación a la subasta ordenada por artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en cuanto su punto de partida es el de la subasta con un único proponente, luego trata un asunto incompatible con el desarrollado en la ley especial que nos ocupa.

Para la Sala, no hay que hacer mucho esfuerzo para entender que si la norma que se pretende aplicar por remisión parte de unas bases sustancialmente diversas, como es la aceptación de la presencia de único proponente para una subasta pública, esta consideración excluye de inmediato cualquier posibilidad de remisión y hace incurrir a la disposición demandada en evidente e incontrovertible violación del ordenamiento superior.

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es una norma especial, que contiene situaciones especialmente referidas al acceso y uso del espectro electromagnético, de la postulación de reglas igualmente especiales soportadas en principios particulares derivados de la libre competencia económica, luego cualquier remisión normativa, de ser posible, solo se puede hacer manteniendo y preservando estos claros conceptos directores de la interpretación y de la hermenéutica jurídica.

Luego solo a partir de esta providencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo está fijando precedente en la materia.

2.2.3.- Fijación del precio de la oferta económica por fuera de los marcos de la competencia. El inciso final del numeral 4.11 del pliego, norma demandada, viola los principios de conformación competitiva de precios y de selección objetiva establecidos en los artículos 72 y 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009.

En realidad, la maximización de precios a que se refiere la base material de los procesos de selección establecida en la Ley 1341 de 2009, se desconoce abiertamente en la norma impugnada porque el precio real y definitivo a pagar por el actor del mercado interesado no surge de la competencia misma, para el caso de las pujas sucesivas al alza, sino del precio arbitrario y

unilateral que claramente ha fijado la administración al estructurar el precepto, lo cual es totalmente contrario a las reglas del mercado y a los precios que deben emanar del mismo, según las previsiones imperativas del artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009.

Por otra parte, la selección objetiva es resquebrajada con la norma demandada, en cuanto, tal como se expuso ampliamente en apartes anteriores de esta providencia, se tiene que son dos las variables objetivas que no pueden de manera alguna faltar para efectos de la selección objetiva, en cualquier proceso de selección a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, como son los de la pluralidad de oferentes y la de maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, siendo esto así los precios de la subasta, que es el mecanismo adoptado en el presente caso, debe formarse necesariamente a partir de la interacción de estas dos variables, cosa que no ocurre en la hipótesis de la norma demandada.

Al permitirse un proponente único habilitado, se desconoce el concepto fundamental de pluralidad de oferentes compitiendo para la conformación dinámica del precio, y al fijarse administrativamente el valor de la concesión, lo que se está haciendo es desconociendo que la variable de maximización debe estar determinada por el mercado y no por el ingenio creativo de la administración, que en caso de autos no pasa de ser otra cosa que una figura ilegal y por lo demás arbitraria de la administración, que interviene el mercado usurpando funciones exclusivas y excepcionales del legislador, sin que se observe autorizaciones de este en el texto de la Ley 1341 de 2009.

Conforme a la redacción de la disposición, cualquier decisión administrativa relativa a la selección de mejor propuesta, para que se considere realmente objetiva, debe estructurarse en la consideración necesaria de estos dos factores objetivos que el legislador los está colocando en posición de condicionantes para efectos de la respectiva selección.

2.2.4.- Conclusión:

Con fundamento en las múltiples razones expuestas en relación con el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, es dable concluir acerca de la necesidad de declarar la nulidad de la norma demandada.

4. De la solicitud elevada para levantar el impedimento del señor Consejero de Estado, doctor Enrique Gil Botero.

4.1. El ciudadano David Mauricio Guinard Hernández solicitó que “sea levantado el impedimento del Magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, integrante de la Sección Tercera de la Corporación, por haberse extinguido la causal que generó el impedimento”. Como fundamento de dicha petición, recordó que la causal de impedimento en que se encuentra inmerso el Consejero Gil Botero consiste en el hecho de que “su hijo trabajaba en ese momento en la Comisión Nacional de Televisión, entidad demandada dentro del proceso de la referencia”; y como la vinculación de éste finalizó en enero de 2011, desapareció el supuesto de hecho de la causal.

4.2. La institución del impedimento persigue la salvaguarda de la imparcialidad del juzgador, como bien lo ha precisado la jurisprudencia constitucional al explicar que: “Las normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado para garantizar la imparcialidad del juez. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda

presión, es decir, que sólo esté sometido al imperio de la ley.

Ahora bien, la configuración de las causales de impedimento y los efectos que se deriven de dicha declaratoria requieren de una interpretación restrictiva

, comoquiera que se pone en juego la seguridad de quienes intervienen en el proceso, puesto que estos obran bajo la pretensión de que la aplicación de las normas procesales y sustanciales se efectuará bajo la égida del principio de igualdad, y por otro tanto, como una clara manifestación al acceso a la administración de justicia.

En este orden de ideas, la aceptación de un impedimento trae como consecuencia la interdicción del funcionario judicial para tramitar y decidir la actuación procesal de la cual ha sido separado; en otras palabras, los efectos del impedimento revisten un carácter absoluto de suerte que su extensión no puede depender de las circunstancias futuras e inciertas que sobrevengan con posterioridad a la aceptación del impedimento, pues se trata de un instrumento que brinda garantía de imparcialidad a los intervinientes en el proceso e inclusive al juzgador que es apartado del conocimiento del caso. Argüir que hechos futuros pueden modificar los efectos de la declaratoria de impedimento de un Juez, no es más que generar incertidumbre al proceso, situación no comprendida dentro del ordenamiento jurídico.

Por estas razones, para la Sala no genera duda alguna que el impedimento ya aceptado del doctor Enrique Gil Botero, debe mantenerse hasta la culminación del presente proceso.

5. Solicitud de copias.

5.1. El demandante solicitó la expedición de copias simples del concepto emitido por el señor Procurador General de la Nación, durante el término para alegar de conclusión.

5.2. Según lo dispuesto en el artículo 115 del C.P.C., las partes o terceros pueden solicitar y obtener la expedición y entrega de copias simples de todo expediente. Así las cosas, al verificarse los presupuestos de la disposición citada, se accederá a la petición.

6. Resolución de solicitudes de impedimentos.

Por medio de escritos presentados el 9 de noviembre de 2011 y el 30 de enero de 2012, los Consejeros María Claudia Rojas Lasso y Carlos Alberto Zambrano Barrera, respectivamente, manifestaron su impedimento para conocer del proceso de la referencia.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesión del 1 de febrero de 2012, declaró improbadas las solicitudes de impedimentos de los Consejeros Rojas Lasso y Zambrano Barrera. Así mismo, negó la solicitud de levantamiento del impedimento del Consejero Enrique Gil Botero presentada por el ciudadano David Mauricio Guinard Hernández.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: INHIBIRSE de resolver sobre la nulidad de la Resolución de Apertura No. 2010-380-000481-4.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de levantamiento del impedimento del Consejero Enrique Gil Botero.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010 expedido por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN para la concesión, operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

CUARTO: ORDENAR expedir, por Secretaría, copia del concepto del señor Procurador General de la Nación, que obra a folios 1389 a 1422 del c. ppal, a costa del demandante, señor Jaime Omar Jaramillo Ayala.

QUINTO: ORDENAR expedir, por Secretaría, copia auténtica de la providencia de 19 de julio de 2010 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-210-00036-00 (38924), que obra a folios 190 a 218; de la providencia de 22 de marzo de 2011 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38924), que obra a folios 803 a 823; y del concepto del señor Procurador General de la Nación, que obra a folios 1389 a 1422 del c. ppal, a costa del peticionario de la prueba, señor Samuel Francisco Chalela Ortiz, apoderado de la Comisión Nacional de Televisión.

SEXTO: ORDENAR expedir, por Secretaría, copia auténtica de la providencia de 19 de julio de 2010 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38924), que obra a folios 190 a 218; de la providencia de 22 de marzo de 2011 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-2010-0036-01, que obra a folios 803 a 823, a costa del peticionario de la prueba, señor Néstor Humberto Martínez Neira, apoderado de RCN TELEVISIÓN,

SÉPTIMO: ORDENAR expedir, por Secretaría, copia auténtica de la providencia de 19 de julio de 2010 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38924), que obra a folios 190 a 218; de la providencia de 22 de marzo de 2011 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-26-000-2010-0036-01, que obra a folios 803 a 823, a costa del peticionario de la prueba, esto es, el apoderado de CARACOL TELEVISIÓN, señor Néstor Humberto Martínez Neira.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase,

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Consejero Ponente

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA HERNÁN ANDRADE RINCÓN

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE

GERARDO ARENAS

HUGO BASTIDAS BARCENAS
VALENCIA

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO
GONZÁLEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Ausente

MAURICIO TORRES CUERVO

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO DANILO ROJAS BETANCOURTH



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