

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Naturaleza / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Es un derecho colectivo, un principio rector de la administración y un valor constitucional de aplicación directa

La Constitución Política trata de la moralidad administrativa como un derecho colectivo (art. 88) y un principio rector de la administración (art. 209). Y la jurisprudencia ha puesto el contenido de este concepto jurídico en los campos de lo axiológico, político e ideológico, que no corresponden ser limitados por la norma jurídica, de donde resulta que la moralidad es en sí misma un valor constitucional de aplicación directa, esto es, no supeditado a la existencia de definición legal, en consecuencia, le corresponde al juez de la acción popular dotar de contenido y alcance de cara a garantizar su eficacia, conforme con las exigencias del artículo 2 constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza de la moralidad administrativa, consultar sentencia del 8 de junio de 2011, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, exp. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP), CP. Enrique Gil Botero. En lo atinente a la moralidad administrativa como valor constitucional, ver sentencia de la misma fecha, exp. 08001-23-31-000-2004-02553-01(AP), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Respecto a los criterios que componen el juicio de moralidad administrativa, revisar la sentencia del 17 de noviembre de 2011, proferida por la Sección Tercera, Subsección A, exp. 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP), CP. Mauricio Fajardo Gómez. En cuanto a la decisión que sustenta que el juicio de moralidad se soporta en el principio de legalidad, consultar la sentencia del 21 de mayo de 2008, exp. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP), CP. Ramiro Saavedra Becerra.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance y características / JUICIO DE MORALIDAD - Contenido

En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez. Empero, también se observa dificultad en lo que toca con la fuente del contenido sobre el que debe adelantarse el juicio de moralidad; así, desde un extremo se sostiene que debe fundarse en el principio de legalidad, al tiempo que se plantea que la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, de donde la ilegalidad per se no es suficiente para concluir la inmoralidad y que esta última puede configurarse sin que sea *condictio sine qua non* la violación de la norma legal positiva. Asunto que, sin desconocer el alto grado de complejidad que reviste, dado que en él subyacen centenarias discusiones iusfilosóficas sobre el deslinde o la vinculación entre el derecho y la moral y disímiles posiciones ideológicas sobre el carácter normativo de la constitución, el juez de la acción popular debe abordar con criterios uniformes, pues sobre sus decisiones gravita el deber constitucional de asegurar la eficacia de la moralidad administrativa, conforme con las disposiciones constitucionales de los artículos 2, 13 y 88.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Valor constitucional con carácter normativo vinculante / JUICIO DE MORALIDAD - Se acoge el criterio de que la moralidad administrativa impone deberes de corrección a las autoridades públicas, más allá del principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - No limita el juicio de moralidad / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Eficacia

Existen trascendentales razones que ameritan acoger la postura jurisprudencial, a partir del criterio consistente en que la moralidad administrativa, en tanto valor constitucional con carácter normativo vinculante, por sí misma impone deberes de corrección a las autoridades públicas, más allá del principio de legalidad. De donde deviene que la circunstancia de hallar violaciones de la moralidad aparejadas al quebrantamiento de normas legales, no es una condición relevante para limitar el juicio de moralidad, propio de la acción popular, a la definición legal de los deberes exigibles de la administración. A continuación se ocupará la Sala de dar cuenta de las razones que fundamentan la postura que se acoge: a) La moralidad administrativa es un valor supremo dotado de fuerza normativa y protección constitucionales, encaminado a que la actividad de la administración pública se enderece al cumplimiento de los fines del Estado... b) La moralidad administrativa es objeto de control judicial directo... las normas constitucionales sometieron al control judicial el ejercicio del poder público por razones de moralidad y de legalidad, de ahí que resulta contraria a la Constitución Política la insinuación de rehusar el poder de decisión judicial argumentando que no es dable imponer a la administración, en el caso concreto, deberes de corrección fundados en el contenido axiológico de la moralidad y no exclusivamente en la legalidad. Siendo así, la vinculación entre moralidad y legalidad no es una condición que deslegitime controlar el ejercicio del poder público mediante el juicio directo de moralidad administrativa. c) La moralidad, desde la naturaleza de principio rector de la administración, atribuida por las disposiciones constitucionales –art. 209-, lejos de estar limitada por la legalidad y el alcance de las reglas de orden legal, constituye un punto de partida imperativo para el logro de los fines esenciales del Estado. Por ende, no es dable poner, con carácter excluyente, la moralidad administrativa en el campo de las reglas legales; por el contrario, la naturaleza que le corresponde constitucionalmente exige que su análisis se aborde a partir del juicio de ponderación propio de la aplicación de los principios, que permita la sistematización de su significado o contenido con los demás valores y principios constitucionales, de cara a la garantía de su eficacia... d) Como derecho subjetivo, la moralidad administrativa, en su extremo activo, pese a su titularidad difusa, consiste en la facultad de los ciudadanos para exigir, inclusive individualmente, que la actividad de la administración en sus distintas facetas –actuaciones, operaciones, hechos y contratos- se adecúe al cumplimiento de los fines estatales y se le imponga por la vía judicial, en cada caso concreto, la eficacia del derecho de que se trata; en tanto su aspecto pasivo tiene que ver con el cumplimiento de los deberes de corrección que obligan a la administración trascender, desde las exigencias formales, hasta el campo en el que la actuación se acompase con los valores y principios rectores de la sociedad política. Quiere decir entonces, que, mientras las funciones se definen en la Constitución, la ley y el reglamento y están sujetas enteramente al principio de legalidad, los deberes de corrección que debe observar la autoridad para materializar esas funciones habrán de responder a los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es a la moralidad administrativa... la eficacia que la Constitución Política exige de este derecho –arts. 2 y 88- constituye uno de los mayores avances en el control al ejercicio del poder, pues la moralidad impone que los deberes de la administración se ubiquen, más allá de las exigencias de la legalidad con que tradicionalmente se

ha querido controlar su actividad, en el campo de los valores fundantes de la sociedad y que, en tanto tienen que ver con la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos y propugnan por una estricta corrección en el obrar que habría de analizarse en cualquier caso, escapan a la posibilidad de que el legislador provea su contenido con antelación; pero que, en todo caso, se encuentran inmersos en lo público, por ser necesarios para que su manejo se encauce estrictamente por los fines que la carta fundamental atribuye al ejercicio del poder, como razón de ser de la organización política y de las garantías civiles.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

ACCION POPULAR - Mecanismo principal de naturaleza autónoma / JUEZ DE LA ACCION POPULAR - Debe garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado / ACCION POPULAR - Potestades del juez / MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Alcance de la protección

La jurisprudencia de esta Corporación viene señalando que la acción popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración desde el ámbito constitucional vigente. Y la Sala reitera en esta oportunidad ese criterio jurisprudencial, pues, como se expuso, la prevalencia del orden superior y la exigencia de la eficacia de los valores supremos que el juez de la acción popular debe preservar no permiten restringir sus facultades frente a las que le asiste al juez ordinario, sino acrecentarlas, teniendo como límite, únicamente las garantías previstas en el artículo 29 constitucional... la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige... No es, pues, a un juicio formal de legalidad al que debe limitarse la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público a través de la acción popular, si se considera que lo que se busca es precisamente que se controle directamente la moralidad a la que debe sujetarse la administración y, por tanto, se superen los límites que a las acciones ordinarias se les presentan cuando deben protegerse derechos de contenido difuso que permiten al juez superar la legalidad formal que degrada o subordina los fines estatales en pro de oscuros, deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, consultar sentencia del 5 de octubre de 2005, exp. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), CP. Ramiro Saavedra Becerra.

ACCION POPULAR - Es el mecanismo idóneo para la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público vulnerados en los procesos de contratación / MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Poderes del juez de la acción popular para garantizar su protección / ACCION POPULAR - Congruencia del fallo cuando se protege la moralidad administrativa

Resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los

procesos de contratación en defensa de su transparencia, conforme a lo preceptuado en los artículos constitucionales 2, 88 y 209. Desde esta óptica, considera la Sala que: i) el juicio de moralidad a cargo del juez popular, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales; ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares para enjuiciar la moralidad de la actividad de la administración. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad; iii) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y iv) el régimen del control de la actividad contractual del Estado no se agota en el juicio de legalidad previsto por la Ley 80 de 1993 ni en las normas del derecho privado, sino que está integrado por los distintos principios y normas constitucionales y disposiciones legales, en especial, de las disposiciones dictadas por la Ley 472 de 1998 que prevalecen, no solo por ser posteriores, sino por su naturaleza especial, cuando se trata de enjuiciar la moralidad de la actividad contractual y la protección del patrimonio público, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa. Quiere decir, entonces, que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998. En esa línea, huelga concluir que, en el caso de la protección de la moralidad administrativa, la congruencia del fallo no se establece por las pretensiones y la causa petendi únicamente, si se considera que i) en tanto el actor popular no detenta la disposición del derecho colectivo invocado, no resulta posible que al formular las peticiones y motivos en que funda el amparo solicitado, el particular renuncie o imponga límites al juez en las medidas que demanda la protección de la moralidad administrativa; y ii) el juez de la acción popular lejos de ser protector de los intereses particulares del actor, es el principal garante de la eficacia de la moralidad administrativa, como lo demanda el artículo 2 constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 472 DE 1998

JUICIO DE MORALIDAD - Procedencia

Reitera la Sala el criterio jurisprudencial conforme con el cual el juicio de moralidad procede aún después de que hayan cesado las amenazas en contra de los derechos colectivos, como quiera que el restablecimiento de la legalidad no restituye per se la moralidad administrativa vulnerada, además de que, de cara a evitar el daño contingente y proteger integralmente los derechos colectivos, proceden las medidas tendientes a que en el futuro no se reincida en las actuaciones que los ponen bajo amenaza o vulneración.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - Bien público inalienable e imprescriptible

Conforme con el artículo 75 constitucional, el espectro electromagnético, en tanto bien público inalienable e imprescriptible, está sujeto a la intervención del Estado con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de acceso, el pluralismo informativo, la libre competencia y evitar las prácticas monopolísticas en su uso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Noción, principios y características

En cuanto servicio público, el de televisión i) constituye uno de los fines esenciales del Estado, ii) regido por los principios de eficiencia y universalidad, iii) cuya prestación eficiente puede realizarla directamente o a través de particulares o comunidades organizadas y iii) además del régimen jurídico que determine la ley, está sometido a la regulación, vigilancia, control y los demás instrumentos de intervención estatal según los artículos 76, 77, 267, 277 y 365 constitucionales. Se destaca, igualmente, que el servicio de televisión se rige por el principio constitucional de libertad económica, por cuya virtud le corresponde al Estado i) impedir que se restrinja, ii) garantizar la libre iniciativa dentro del bien común, la libertad de empresa como base del desarrollo, con función social y la libre competencia como un derecho de todos, que supone responsabilidades y iii) evitar o controlar el abuso de la posición dominante –arts. 20, 75, 76, 333 y 334-. Además de que al tenor de las disposiciones de esta última norma se reservó a la ley la limitación del alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Aunque la Ley 182 de 1995 asigna la titularidad y reserva al Estado el servicio público de televisión, dispone que se preste mediante concesión a las entidades públicas, los particulares y las comunidades organizadas –art. 1-, bajo los principios de eficiencia, libre competencia, pluralismo informativo y control de las prácticas monopolísticas - arts. 4, 17, 29 y 37-.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 1

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Definición legal

Conforme con la definición legal, i) se trata de un servicio de telecomunicaciones con programación dirigida al público ii) que se materializa con la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea; iii) está vinculado a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de la información y comunicación audiovisuales y iv) cuyos fines son los de formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, de cara a la satisfacción de las finalidades sociales del Estado, la promoción del respeto de las garantías, deberes, libertades y demás derechos fundamentales, la consolidación de la democracia, la paz y la difusión de los valores humanos y expresiones culturales, con sujeción a la imparcialidad e igualdad, a la separación entre opiniones e informaciones, al respeto al pluralismo, la honra, el buen nombre y la intimidad, a la protección de la juventud, la infancia y la familia, la preeminencia del interés público y a la responsabilidad social de los medios de comunicación –Ley 182/95, arts. 1 y 2-. Se trata, asimismo, de un servicio que de acuerdo al nivel de cubrimiento puede ser i) internacional, si la señal se origina en el territorio nacional y se recibe por fuera del mismo o a la inversa; ii)

colombiano, cuando estas dos actividades se conjugan en el país; iii) nacional de operación pública, el que es prestado por el ente público pertinente; iv) nacional de operación privada, cuando es autorizado como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional; v) regional, cuando cubre un área geográfica formada por el territorio del Distrito Capital o inferior al territorio nacional, sin ser local, último que se presta en un área geográfica continua que no supera el ámbito del municipio, distrito, área metropolitana o de la asociación de municipios y vi) comunitario, sin ánimo de lucro. Y, ahora, según la destinación de la señal, la televisión será i) abierta, si puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de la destinación de determinados programas a un grupo de usuarios y ii) por suscripción si, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción –Ley 182, arts. 20 y 22-.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 1 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 2 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 20 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 22

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Titularidad y prestación del servicio / COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Funciones

Si bien la Ley 182 de 1995 reserva al Estado la titularidad del servicio de televisión y dispone su prestación mediante concesión a las entidades públicas, los particulares y las comunidades organizadas –art. 1-, mandó, reiterativamente, que la Comisión Nacional de Televisión regulara el servicio e interviniera, gestionara y controlara el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación ...con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley –arts. 4 y 17-.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 76 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 77 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 1 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 23

CONCESION DEL SERVICIO DE TELEVISION ABIERTA NACIONAL DE OPERACION PRIVADA - Concepto

Se comprende, la concesión como la autorización de carácter individual que otorga el Estado, para que un operador privado use el espectro electromagnético, para la explotación del servicio público de televisión nacional abierta.

CONCESION DEL SERVICIO DE TELEVISION ABIERTA NACIONAL DE OPERACION PRIVADA - Procedimiento

De conformidad con la Ley 182 de 1995, el acceso al espectro electromagnético y a la operación o explotación del servicio público de televisión por parte de entidades públicas o de particulares, procede previa autorización individual mediante concesión otorgada por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión –art. 46 -. La concesión puede ser conferida a través de licencia o de contrato –arts. 35 y 48-, a operadores privados de canales nacionales escogidos por el procedimiento de licitación y en audiencia públicas, de conformidad con los artículos 48 de la Ley 182 de 1995 y 23 de la Ley 335 de 1996. Y con el fin de asegurar transparencia en la asignación de las frecuencias y la maximización de recursos para el Estado, manda el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 que se determine

previamente la existencia de pluralidad de interesados y se aplique procesos de selección objetiva, como la subasta.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 35 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 46 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 48 / LEY 335 DE 1996 - ARTICULO 23 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

VULNERACION DE LOS DERECHOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - La Comisión Nacional de Televisión incurrió en la violación de los principios de planeación, transparencia, libre competencia y de eficiencia en el trámite adelantado para la concesión del tercer canal de televisión

Los elementos probatorios... ofrecen certeza a la Sala sobre las ostensibles violaciones de los principios de planeación, transparencia, libre competencia y de eficiencia en que incurrió la Comisión Nacional de Televisión, en contra de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, como pasa a estudiarse... Los hechos reseñados y los elementos probatorios allegados al proceso dan cuenta de que, de cara al otorgamiento de la concesión del espectro para la prestación del servicio de televisión nacional, la entidad demandada i) contrató un estudio tendiente a estimar un precio base del objeto, sujetándolo a unas condiciones que permitan a los operadores privados mantener la exclusividad del mercado, esto es otorgándoles el privilegio de que durante periodo de tiempo determinado la Comisión Nacional de Televisión renunciará al deber legal de asignar el espectro a nuevos operadores, además de que, como lo señala el informe final del estudio, a pesar de que el precio base se estimó a partir del comportamiento de los ingresos por la comercialización en la pauta publicitaria, no se utilizó la información histórica en esa materia, porque no se puede conocer o tener acceso a ella; ii) decidió que el contrato de concesión sería conmutativo, con la finalidad de garantizar al operador unas condiciones de mercado que le permitieran detentar el 33% del total de la pauta publicitaria, en competencia con los dos operadores existentes y la obligación de indemnizarlo en caso de que las proyecciones, consideradas en la estimación del precio base con información sin verificar, no se cumplan o la entrada de nuevos operadores le impidan mantener el referido porcentaje de la clientela; iii) se limitó a regular la prestación del servicio a través de contratos de concesión celebrados con cada uno de los operadores privados, esto es sin establecer reglas generales que rijan en igualdad de condiciones sobre aspectos determinantes del mercado, como la entrada de nuevos operadores en condiciones objetivas de necesidad del servicio, acceso a las redes, contenidos mínimos de programación o calidad del servicio, protección de la libre competencia, etc.; iv) estableció plazos restrictivos para que los interesados pudieran inscribirse en el registro único de operadores del servicio de televisión; v) introdujo mecanismos que limitan la formación dinámica del precio, además de que impidió que el precio se formara por la libre interacción con el único oferente, de cara a la maximización de los ingresos estatales por la asignación del espectro electromagnético, vi) una vez iniciado el proceso licitatorio decidió disponer del canal 13 asignado al operador público Teveandina para reasignárselo al operador privado, en condiciones que le merecieron graves reproches de faltas a la transparencia por parte de los interesados y los organismos de control y vii) permitió que exfuncionarios de la entidad continuaran dirigiendo el proceso, generando en los interesados graves dudas sobre los fines legítimos del proceso.

LIBERTAD ECONOMICA - Libre competencia / PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA - Prestación del servicio público de televisión

Los artículos 75, 333 y 334 constitucionales sujetan el uso del espectro electromagnético para la

prestación del servicio público de televisión a la igualdad de condiciones en el acceso, a la libre competencia y al pluralismo informativo. Disposiciones que le ordenan al Estado intervenir para garantizar su eficacia y evitar las prácticas monopolísticas. La libre competencia, en tanto expresión de la libertad económica, debe ser protegida mediante la intervención del Estado, orientada a impedir que se obstruya o se restrinja y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, como lo exige el artículo 334 constitucional. Por cuyas disposiciones, además, se reservó a la ley la limitación de las libertades de que se trata, por razones que tienen que ver con la prevalencia del interés social, ambiental y el patrimonio cultural; casos en los cuales la ley debe definir los fines, alcances y los límites a la libertad económica, como lo exige el artículo 150.21 ibídem.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 1 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 4 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 17 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 20 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 22 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 29 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 37 / LEY 335 DE 1996 / LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

NOTA DE RELATORIA: En relación con la libertad económica, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-616 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, consultar sentencias de la Sección Tercera, del 13 de agosto de 2008, exp. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP) y del 30 de junio de 2011, exp. 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018); CP. Ruth Stella Correa Palacio.

EXCLUSIVIDAD DEL MERCADO EN EL SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Sin autorización legal constituye un privilegio que vulnera el derecho a la moralidad administrativa / AUTORIZACION LEGAL - Es requisito para la exclusividad en la prestación del servicio público de televisión nacional de operación privada

Conforme da cuenta el informe final de la consultoría contratada por la demandada para la valoración de la prórroga de las concesiones y el precio base del tercer canal, uno de los supuestos, tanto para la valoración del objeto como la estimación y asignación de los riesgos, tuvo que ver con las condiciones de entrada de futuros operadores de televisión abierta nacional, centrándose en la posibilidad de pactar la exclusividad de los actuales operadores y los nuevos entrantes, o mejor la limitación del número de oferentes por un periodo determinado, y la viabilidad, riesgos y ventajas de establecer un componente variable como parte de la contraprestación. Se sabe además, porque así está consignado en el informe referido, que el precio base se estimó suponiendo que el tercer operador podría cautivar hasta un 33% del total de los ingresos por la comercialización de la pauta publicitaria. Y se conoce, también, que la demandada se obligaba a mantener esas condiciones de mercado al nuevo concesionario, en tanto el pliego de condiciones señala que el estudio realizado por la consultoría sería parte integrante del contrato a celebrar, con el fin de dar cuenta de las condiciones de mercado en que entraría el nuevo competidor, que la entidad demandada se obligaba a mantener y por las cuales debería dejarlo indemne, en caso de no cumplirse las proyecciones o de entrar nuevos operadores que afectaran los supuestos de la estimación del precio base... De conformidad con lo expuesto hasta aquí, huelga concluir que si se tratase de otorgar el privilegio de exclusividad en la prestación del servicio público de televisión nacional de operación privada, el asunto compete al legislador, fundado, en todo caso, en razones de intereses públicos superiores a la protección constitucional a la libertad económica. Autorización que se echa de menos en el caso de que se trata y que no

podría derivarse del solo sometimiento legal al uso del espectro electromagnético y por ende de la operación y explotación del servicio de televisión, dada la exclusiva titularidad estatal. Pues de eso no se sigue la facultad de determinar el mercado... No duda la Sala, en cuanto a que unos son los efectos de las barreras a la entrada al mercado creadas por la naturaleza y el desarrollo de la tecnología, que permite el uso del bien –espectro electromagnético- y otros, bien distintos, los relacionados con el requerimiento de privilegios para acceder a una concesión. Es que resulta inaceptable que la barrera de entrada al mercado provenga exclusivamente de la decisión administrativa de conferir la exclusividad en la prestación y no de la indisponibilidad de frecuencias y las necesidades del servicio. Limitación a la concurrencia en el mercado que, en tanto no autorizada, contraría la moralidad administrativa. Esto último en cuanto un bien público acaba siendo subordinado a intereses privados... si bien el uso del espectro electromagnético y la operación y explotación del servicio público de televisión están sujetos a la barrera de entrada, consistente en la autorización administrativa previa, en tanto es de hecho posible que varios concesionarios concurren a la prestación, lo precedente tiene que ver con la libre competencia económica entre los prestadores, resultando, entonces, la exclusividad ajena a las condiciones del mercado y asimismo contrario a la moralidad el privilegio conferido por decisión administrativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / LEY 182 DE 1995 - ARTICULO 46

CONTRATO DE CONCESION DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO PARA SERVICIO DE TELEVISION - La utilización como instrumento de regulación del mercado contraría los fines estatales

El ejercicio de la facultad de intervención del Estado en el servicio público de televisión, de que trata el artículo 75 constitucional, a través de la regulación económica, entendida como la imposición de normas de carácter general, necesarias para la organización y el adecuado funcionamiento del mercado, la eficiente prestación del servicio y el equilibrio de los intereses en la realización de las distintas actividades que comprende, resultaba un deber imperativo para la Comisión Nacional de Televisión en el marco de la concesión de un nuevo canal privado, en tanto se trataba de concurrir a un mercado con múltiples fallas, como barreras de entrada, limitada oferta, posición dominante de los concesionarios y la asimetría de información que esto apareja. Exigencia de la que la demandada no podía sustraerse so pretexto de la celebración de los contratos de concesión, pues no cabe duda de que, el carácter individual de la autorización y sus efectos res inter alios acta, resultaba mecanismo inadecuado e insuficiente para establecer los marcos generales de la prestación del servicio... la ausencia de reglas generales en aspectos determinantes de la organización del mercado y la prestación del servicio, aunada a la regulación parcial, en otros aspectos, utilizando simultáneamente el contrato de concesión y acuerdos generales expedidos por la Comisión, han creado condiciones de inestabilidad del mercado y del servicio y ambigüedad en las relaciones entre el regulador y los concesionarios que propician permanentes conflictos, en contra de los fines estatales del servicio. Advertencias frente a las cuales la entidad demandada resultó indiferente, si se considera que, pese a los efectos de las graves falencias en la regulación que da cuenta el pluricitado informe, la Comisión Nacional de Televisión insistió en mantener el mencionado esquema regulatorio, esto es, privilegiar a los concesionarios, al margen de la eficiencia, libre competencia, pluralismo informativo y control de las prácticas monopolísticas.

CONTRATO DE CONCESION DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO PARA SERVICIO DE TELEVISION - La atribución de carácter conmutativo contraría los fines estatales

Se observa, entonces, que la Comisión Nacional de Televisión pretendía suscribir un contrato conmutativo y, también, asumir el riesgo de las condiciones del mercado que la misma no regulaba, como era su deber y cuya gestión dejaba enteramente al operador. Y no solo eso, las condiciones de mercado utilizadas para su valoración, esto es proporcional a una tercera parte de los ingresos brutos del total de la pauta publicitaria en el país y a la cláusula de tratamiento especial a un nuevo operador, llevan al entendimiento de que la concedente asumiría de entrada, los efectos de la gestión de un nuevo operador con capacidad de disputar al concesionario el 33% del mercado, sobre el que fue calculado el precio base de la concesión... En tanto el ordenamiento no reservó al Estado la prestación del servicio público de televisión, se comprende, entonces, que esa misma ley defina la concesión, mediante licencia o contrato, como –se destaca– el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio –art. 110-. De donde no resulta posible el entendimiento según el cual en virtud del contrato de concesión, sujeto a los alcances del artículo 46 de la Ley 182 de 1995, el concesionario asume una prestación que el Estado remunera. Razón por la que resultan ajenas a la relación jurídica contractual, propiamente dicha, en los términos de la norma citada, la prestación económica e igualmente la sujeción de esta a una condición. En síntesis, aunque las disposiciones que imponen la obligación de pagar una tarifa o derecho por la autorización para operar y prestar el servicio televisión mantienen su vigencia, el quantum de esa obligación debe determinarse mediante subasta que maximice los ingresos para el fondo estatal, de donde el valor final debe ser el resultado de la máxima disposición a pagar ofertada por los interesados, en tanto que la valoración estatal tiene como único propósito establecer una base inicial para la negociación o formación del precio. De donde es infundado pretender la conmutatividad del contrato por el hecho de haberse calculado un precio base, así este sea estimado a partir de los ingresos por la pauta publicitaria, porque i) al margen de que la concesión se otorgue por licencia o contrato, la ley impone la obligación de pagar por la autorización individual; ii) el precio base es simplemente un referente para la maximización de los ingresos estatales por la autorización del servicio y iii) el precio final que debe pagar el adjudicatario corresponde a la máxima disposición que ofreció pagar para obtener la autorización en condiciones de libre competencia y, por tanto, a un criterio de valoración distinto de la estimación del precio base. Lo anterior, si se considera que i) desde el ámbito legal, lo que paga el operador es el valor de la autorización que le permite explotar el servicio; ii) en virtud de la autorización que otorga el Estado no contrata la prestación del servicio en su favor; iii) la concesión no tiene como fin ejecutar proyectos de infraestructura para el Estado, dado que legalmente está desprovista de la cláusula de reversión en su favor; iv) la gestión del negocio está totalmente en cabeza del prestador del servicio y v) la Comisión Nacional de Televisión dejó a la entera libertad del operador la negociación de las tarifas para la comercialización de la pauta publicitaria, de las cuales se obtienen los ingresos de la explotación del servicio. Pero es que, además, repugna a la moralidad administrativa, en cuanto i) desdice los más elementales deberes de lealtad y respeto por lo público y ii) subordina los fines estatales a los intereses particulares, que estando sujeta la prestación del servicio a la libre competencia económica desde el ordenamiento superior, se asuma que el riesgo propio de la rivalidad por la clientela, al que está enfrentado el operador privado en su negocio, sea de carácter público y esté comprendido entre las funciones que le corresponde asumir a la Comisión Nacional de Televisión, cuando en realidad las condiciones de prestación del servicio, que se han dejado expuestas, permiten concluir, sin hesitación, que se trata de riesgos asociados al lucro que constituye el fin principal para el prestador. En este punto debe enfatizar la Sala que, en tanto la ley impone la obligación

dineraria por el solo hecho de permitirse al operador privado el uso del bien y la explotación del servicio, no cabe razón para que el Estado cargue con los riesgos de la libre competencia que debe enfrentar el operador del servicio. Si la obligación de que se trata no está impuesta en la ley como una contraprestación que el concesionario paga al Estado para que este lo libre de los riesgos del mercado, no se acompasa con la moralidad administrativa que sea la entidad estatal quien deba asumirlos.

VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PLANEACION - La Comisión Nacional de Televisión omitió ejercer la función de regulación en la concesión del servicio de televisión / **CONCESION PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO DE TELEVISION** - Ausencia de reglas claras, objetivas, transparentes y de condiciones de seguridad e igualdad para competir por la entrada y la prestación del servicio / **INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SERVICIO DE TELEVISION** - Fines

El ordenamiento confió a la Comisión Nacional de Televisión las funciones de órgano rector de la política del servicio, regulador, ejecutor de programas, administrador del espectro electromagnético y las de inspección, vigilancia y control, en los términos de la Ley 182 de 1995, en particular su artículo 4. Concentración de funciones que, como era de esperarse, con su cabal ejercicio tenía que haber propendido por la consecución de los fines estatales del servicio público, lo cual, a juicio de la Sala, no resultaba posible sin una adecuada planeación, especialmente si se considera que la asignación de un nuevo canal de televisión abierta nacional, de operación privada, habría de incidir de manera determinante en la estructura del mercado, la libre competencia, el pluralismo informativo, todo lo cual con miras a la eficiente prestación del servicio. Ahora, teniendo entre sus funciones las de regulación del servicio y del contrato, no se compadece con el deber de planeación que la sujeta, que de cara a la concesión para prestar el servicio en un mercado que debe regirse por la eficiencia, la libre competencia, el control de las prácticas monopolísticas y el pluralismo informativo, la demandada se haya limitado a valorar el objeto de la concesión en condiciones de exclusividad del mercado, definir los pliegos de condiciones y del contrato, sin expedir las normas de carácter general que rijan en igualdad de condiciones en temas determinantes para la entrada de nuevos operadores y la prestación del servicio con sujeción a los principios constitucionales y legales. Es que, como se expone desde la jurisprudencia y la teoría de la regulación económica, al Estado se lo dota de la función de intervención en la economía y en la prestación de los servicios, por razones que tienen que ver, entre otras, con la necesidad de i) disminuir la incertidumbre en la organización de los mercados; ii) controlar el ambiente, lo cual incluye la corrección de las fallas del mercado; iii) contar con una fuente confiable de conocimiento, pericia e información capaz de estabilizar la industria y iv) lograr eficiencias en beneficio de la sociedad en su conjunto y, en general, la eficacia de los derechos. En efecto, asociadas al principio de planeación, entre las teorías sobre el origen de la regulación económica como función estatal, se expone la que centra la génesis en la organización regulatoria, como mecanismo de control de la industria y el mercado... Y en el ámbito nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de coincidir con la doctrina expuesta, destaca el carácter técnico, la continuidad y permanencia en el ejercicio de la función de regulación, a través de múltiples instrumentos de intervención del Estado en la economía y en los servicios públicos, entre ellos la capacidad para imponer marcos normativos necesarios para el equilibrio entre los intereses particulares y los generales, acordes con la dinámica del sector y para garantizar la efectividad de los fines estatales, como el adecuado funcionamiento del mercado. Con este último propósito, la regulación debe corregir fallas como i) la asimetría o ausencia de información oportuna y confiable, ii) la oferta limitada, iii) el abuso de posición dominante, iv) las barreras a la entrada y iv) las externalidades, contrarias a los principios y

garantías constitucionales. En este orden de ideas, a la Sala no le cabe duda en cuanto a que, por la ausencia de un marco regulatorio que rigiera en igualdad de condiciones la prestación del servicio, aunado al hecho de que la Comisión Nacional de Televisión estructuró el mercado y definió las condiciones de prestación del servicio mediante el contrato de concesión, en lugar de una autorización individual, resultan por demás justificados los múltiples reparos formulados por los agentes interesados en el proceso licitatorio sub judice, por las irregularidades relacionadas con la falta de reglas claras, objetivas, transparentes y de condiciones de seguridad e igualdad para competir por la entrada y la prestación del servicio. Observaciones e irregularidades que, en cuanto no fueron debidamente atendidas y corregidas, como lo adujo el actor popular, dieron al traste con la concurrencia de proponentes, resultando claro que esa reticencia de la demandada a atender los justos reclamos propició el retiro de los interesados en competir por la entrada... para la Sala resulta claro que la Comisión Nacional de Televisión, lejos de cumplir los deberes a su cargo, como le corresponde en su calidad de agencia estatal reguladora, dejó en evidencia que desconoció las condiciones del mercado por las que debe velar. Siendo así, encuentra la Sala que la prestación del servicio de televisión adolece de ausencia del marco regulatorio necesario para que nuevos prestadores irrumpían en el mercado por medio de contratos de concesión, regidos en igualdad de condiciones, con tarifas o precios vinculados sí a los ingresos reales provenientes de la comercialización de la pauta publicitaria, empero en condiciones de competitividad, como efectivamente lo reclamaron, sin éxito, los interesados en el proceso licitatorio adelantado por la entidad demandada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de planeación, ver sentencias de la Sección Tercera, del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715 y del 19 de junio de 1998, exp. 10439. Asimismo, consultar sentencia de la Corte Constitucional, C-150 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

CONCESION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION - La asignación de riesgos por la entrada de nuevos operadores prevista por la Comisión Nacional de Televisión es contraria a los fines del Estado

Ahora, en lo que toca con la autorización de la entrada de nuevos operadores al mercado en competencia, a la Sala no le asiste duda que, en cuanto se trata de un deber impuesto al Estado, no puede concebirse como un riesgo que este deba asumir. Muy por el contrario, se trata de las condiciones impuestas por el ordenamiento superior, a las cuales se sujeta el operador privado desde el mismo momento en que decide hacer de la prestación del servicio su principal actividad económica. En esas condiciones, no se compagina con la moralidad administrativa que la entidad demandada se haya obligado, conforme con el pliego de condiciones y el contrato prometido, a indemnizar al concesionario por el hecho de que en el futuro, en cumplimiento del deber legal, autorice la entrada de nuevos prestadores por razón de las necesidades del servicio. En efecto, el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 desarrolló la libertad económica en el sector, garantizando el derecho de operar y explotar medios masivos de televisión, para lo cual impuso al Estado el deber autorizarlo, con sujeción a las posibilidades del espectro electromagnético, las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo... La Comisión Nacional de Televisión definió la entrada de los prestadores del servicio, a partir de criterios subjetivos, puramente discrecionales, ajenos a los que la sujetan legalmente en el ejercicio de la función de regulación. De donde los efectos de la entrada de nuevos operadores -que la enjuiciada en este proceso decidió asumir, como lo convino en la cláusula de condiciones del mercado contenida en la minuta del contrato, en beneficio del concesionario y en contra de los fines estatales-, lejos de constituir un verdadero riesgo asociado a los intereses generales del servicio, comprendido entre

las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, en realidad constituye un privilegio injustificado en favor del prestador. Es que no se acompasa con el deber del Estado de autorizar la explotación con sujeción a las necesidades del servicio, a la disponibilidad del uso de espectro y a la eficiencia y competitividad, que la entidad enjuiciada condicione económicamente el ejercicio de esa función, al punto que decida no permitir el ingreso de nuevos prestadores. Similares razonamientos caben en relación con la asignación de los riesgos derivados de los cambios normativos en las condiciones de ausencia regulatoria propiciada por la entidad enjuiciada, si se considera que a sabiendas de que la regulación, a través de normas que rijan en igualdad de condiciones, es necesaria para la prestación del servicio, como se ha señalado a lo largo de esta providencia, la entidad enjuiciada, enterada de los vacíos normativos existentes, prefiera otorgar primero la concesión, asumir los efectos económicos que pueda producir la nueva normatividad, para luego proceder a expedirla.

VULNERACION DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Se limitó injustificadamente la concurrencia en la etapa de registro de los interesados en el proceso de licitación del tercer canal de televisión

Los elementos probatorios obrantes en el proceso ofrecen certeza en cuanto a que, mediante el acuerdo 001 del 11 de abril de 2008, la Comisión Nacional de Televisión limitó el término para la inscripción al registro único de operadores a 75 días calendario, contados desde el 15 de abril siguiente, decisión que, a todas luces, adolece de falta de racionalidad y proporcionalidad, si se considera que entre la fecha en que la demandada adoptó la decisión de que Colombia tendría un tercer canal de televisión, esto es el 9 de agosto de 2007 y el 29 de octubre de 2009, cuando abrió la licitación, transcurrieron más de dos años y dos meses. Asimismo, obra evidencia probatoria en el proceso que da cuenta de que con posterioridad a la revocatoria de la licitación abierta en octubre de 2009, la Comisión resultó indiferente a las observaciones con las que los interesados la cuestionaron, por no permitir el acceso a la inscripción en el registro antes de abrir por segunda vez el proceso licitatorio. Para la Sala resulta claro que, acorde con las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la entidad enjuiciada estaba obligada a abrir nuevamente el acceso al registro único de operadores, pues, con independencia de que tuviera conocimiento o no de nuevos interesados, sobre ella gravitaban los deberes de promover y garantizar la concurrencia. Siendo así, huelga concluir que en tanto la entidad enjuiciada actuó prevalida del afán de adjudicar el tercer canal, con repudio por los criterios de racionalidad y proporcionalidad que la sujetan en la fijación de los términos para acceder a la inscripción en el registro y por los deberes que le son exigibles en materia de promoción de la concurrencia, las actuaciones con las que limitó el acceso al registro resultan abiertamente contrarias a los fines estatales y, por ende, violatorias de la moral administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

VULNERACION DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - La Comisión Nacional de Televisión infringió el deber de maximizar los ingresos del Estado en la licitación del tercer canal de televisión

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 exige que los ingresos que debe percibir el Estado por la asignación de la banda de frecuencias y la explotación del servicio, se maximicen, mediante mecanismos de selección objetiva, en condiciones de libre competencia, entre ellos la subasta... al tenor de las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el precio de la asignación de las frecuencias y la explotación del servicio de televisión, debe resultar de la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio, lo que de plano descarta su fijación arbitraria por

parte de la Comisión Nacional de Televisión. De donde no se acompaña con estos postulados que la entidad enjuiciada haya limitado injustificadamente las rondas de la subasta, disponiendo el fin de la puja cuando uno de los oferentes revele disposición a pagar superior al 30% del precio base, si se considera que i) como lo señalan los criterios que se acaban de resaltar, la fijación del precio debe ser el resultado de la libre interacción de la oferta y la demanda, en condiciones de equilibrio y no de límites arbitrarios y ii) las razones a las que la demandada acudió para justificar esa limitación, a juicio de la Sala carecen de seriedad. En esa misma línea, además de que la Sala Plena de la Corporación anuló el numeral 4.11 del pliego de condiciones, cuyas disposiciones permitían la adjudicación al único oferente, por violar abiertamente el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, encuentra la Sala que también la entidad enjuiciada actuó de manera contraria a la moralidad administrativa, en cuanto dispuso esa adjudicación con un precio fijado arbitrariamente, esto es, sin la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio y sin incentivos para que el interesado revele cuál es su máxima disposición a pagar, aspectos estos determinantes de la eficacia del deber de maximizar los ingresos estatales que sujeta la asignación del bien público. En ese orden, la Sala concluye, sin hesitación, que lejos de sujetarse a los fines estatales, la entidad enjuiciada actuó movida por el otorgamiento de un privilegio, pues no otra cosa puede entenderse de las razones en las que pretendió justificar el pliego en este sub lite, en el sentido de que el 10% no equivale a cualquier otro porcentaje porque precisamente (...) constituye una decisión discrecional de la CNTV, que considera proporcional al privilegio reconocido al concesionario por ser el único proponente.

NOTA DE RELATORIA: En sentencia de Sala Plena, del 14 de febrero de 2012, exp. 11001-03-26-000-2010-00036-01(38924), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se decidió la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010 de la Comisión Nacional de Televisión, que permitía adjudicar al único proponente la subasta de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

VULNERACION DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - La Comisión Nacional de Televisión transgredió el principio de transparencia en la definición de las frecuencias del tercer canal / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Violación por falta de claridad en la frecuencia que sería adjudicada al tercer canal

Los elementos probatorios reseñados ofrecen certeza a la Sala sobre las graves faltas en que incurrió la entidad licitante en contra del principio de transparencia, al que debe sujetarse en las actuaciones llevadas a cabo para la concesión del tercer canal. En síntesis, porque i) no definió claramente las frecuencias desde el inicio del proceso licitatorio, aspecto sustancial de cara a la adjudicación del tercer canal y generó la sospecha de que se proponía reasignarlo en el canal 13 de la banda VHF al margen de la licitación, como vino a confirmarse después de que la demandada fue requerida por el ministerio público para que, en cumplimiento del principio de transparencia, definiera las frecuencias; ii) la decisión de la entidad licitante de asignar el canal 13 al nuevo operador privado fue el motivo determinante de la reasignación, al punto que se dio a la tarea de buscar la figura para poder contar con la frecuencia VHF de Teveandina, necesaria para continuar con el proceso y, después de gestionar ante el Ministerio de la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones y el Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda –conocido precisamente como el CANAL TR3CE-, sociedad pública vinculada a la Comisión Nacional de Televisión y en cuya propiedad tiene participación el referido ministerio en un 91%, ordenó el inicio del plan de digitalización para liberar el canal requerido, solo que una vez logrado ese propósito decidió que la razón determinante del acto era el acuerdo interinstitucional

y no dar cuenta de los verdaderos motivos y, iii) en esa misma línea, ocultó a los interesados las actuaciones llevadas a cabo para la reasignación del canal 13 al operador privado, al punto que lejos de informar con exactitud los motivos determinantes de esa decisión, como era su deber legal, descalificó las observaciones formuladas en torno a las irregularidades de la reasignación, tildando esta última como un error conceptual, pese a que, sin hesitación, los elementos probatorios ofrecen certeza en cuanto a que sustancialmente esa fue la decisión que se propuso y la que realmente adoptó, esto es la reasignación. Siendo así, huelga concluir la grave afectación de la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por haber procedido la entidad enjuiciada i) con falta de transparencia en el proceso de definición de las frecuencias, ii) con ejercicio abusivo de poder al forzar la decisión de privar al operador público Teveandina del canal 13 para reasignárselo al nuevo operador privado y iii) sin tener en cuenta los beneficios que esa reasignación representa para el nuevo concesionario, dado el posicionamiento de la marca y la audiencia consolidados por el operador público en esa frecuencia.

FUENTE FORMAL: LEY 182 DE 1995 / LEY 1507 DE 2012 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60

DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Se vulneró al permitir que un Comisionado ejerciera las funciones cuando el periodo fijo de su elección había vencido / FALTA DE TRANSPARENCIA DE LA ADMINISTRACION - Participación de ex Comisionado en audiencia de licitación

La participación del ex comisionado, permitida por la entidad enjuiciada en la dirección del proceso licitatorio, indujo en los participantes y en el órgano de control suficientes razones para dudar de la transparencia y seguridad en los resultados de la licitación, actuación que no se acompaña con los deberes de respeto por lo público que impone la moralidad administrativa. Si bien la entidad dejó sin efectos la etapa del proceso surtida en estas circunstancias, considera la Sala que ello no restablece la afectación del interés colectivo, razón por la que se incluirá esta irregularidad entre todas aquellas con las que la entidad demandada vulneró la moralidad administrativa.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los Consejeros Danilo Rojas Betancourth y Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP)

Actor: HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 16 de junio de 2011 proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones.

ANTECEDENTES

En 2006, la Comisión Nacional de Televisión contrató la elaboración de estudios para valorar la prórroga de las concesiones otorgadas para la operación comercial de los dos canales nacionales abiertos y la viabilidad del ingreso de nuevos operadores. Conocidos los resultados y surtidos los trámites de calificación, clasificación e inscripción en el Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional-RUO, publicación del proyecto del pliego de condiciones y análisis de las observaciones y sugerencias, la entidad expidió la resolución n.º 2009-380-001210-4 para abrir la licitación pública n.º 001 de 2009, con el objeto de adjudicar “el Contrato de Concesión para la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No. 3”. Provistas las audiencias con el fin de asignar los riesgos y aclarar el pliego de condiciones y, después de modificados este último y el cronograma de la adjudicación, la demandada revocó el acto de apertura, aduciendo la recomendación que en ese sentido le formuló la Procuraduría General de la Nación, fundada en quejas de los interesados y de los órganos de control relativas a i) irregularidades en la estimación, cuantificación y asignación de los riesgos; ii) falta de transparencia en la definición de las frecuencias para la operación del tercer canal; iii) detrimento patrimonial por inadecuada valoración de la concesión; iv) indebida aplicación del principio de reciprocidad; v) ausencia de reglas para el acceso a la red pública de Radio Televisión Nacional de Colombia-RTVC y vi) reticencia en atender las observaciones, recomendaciones y control de advertencia, formuladas por los interesados, el ministerio público y la Contraloría General de la República.

Después de modificar el pliego de condiciones para atender los requerimientos de los órganos de control, la entidad demandada expidió las resoluciones n.º 481-4 y 760-4 del 7 de mayo y del 2 de agosto de 2010 para abrir y luego suspender la Licitación Pública n.º 002, con el objeto ya señalado, fundada esta última decisión en i) la ausencia de pluralidad de oferentes a la fecha del cierre del proceso y ii) la medida dispuesta por esta Corporación, en el marco de la acción de nulidad formulada en contra de las normas rectoras del proceso licitatorio, expedidas por la Comisión Nacional de Televisión. Se conoce que esta Sección consideró abiertamente contrarias a la Ley 182 de 1995 las disposiciones del pliego de condiciones, relativas a la adjudicación con un único proponente.

El actor popular pretende que se proteja la moralidad administrativa y el patrimonio público, mediante decisiones tendientes a que el proceso licitatorio se adecúe a las disposiciones de la Ley 1341 de 2009 que, a su juicio, obligan a la adjudicación, a partir de una subasta con pluralidad de oferentes, maximizando los recursos que deberán ingresar a las arcas estatales por la concesión.

Primera Instancia

La demanda

El 18 de junio de 2010, el señor Hermann Gustavo Garrido Prada ejerció la acción popular contra la Comisión Nacional de Televisión, en procura de que se proteja eficazmente la moralidad administrativa y se defiendan el patrimonio público, a su juicio vulnerados por la entidad enjuiciada, dadas las irregularidades en que habría incurrido con miras a la adjudicación

del tercer canal a un único proponente, sin cumplir las reglas de selección objetiva, dispuestas por el ordenamiento.

Pretensiones

El actor popular procura las siguientes declaraciones:

Primera: Conceder el amparo a los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados si se adjudica el tercer canal con un solo oferente.

Segunda: Disponer la suspensión del proceso de selección del adjudicatario del tercer canal en aplicación del Art. 72 de la Ley 1341 de 2009, el cual establece las “reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de oferentes”, siendo obligatoria hacer (sic) una selección objetiva a través de la subasta 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 ya que existe pluralidad de interesados pues tres (3) grupos han expresado su interés en participar de la licitación habiéndose retirado dos (2) de ellos por falta de garantías.

Tercera: Que se ordene a la CNTV reanudar el proceso licitatorio brindando plenas garantías a los interesados en participar en la licitación del tercer canal para que se pueda llevar a cabo la subasta de que trata el Art. 72 de la Ley 1341 de 2009.

Con carácter cautelar, el actor popular solicitó “la inmediata suspensión del proceso licitatorio hasta que se brinden condiciones de plenas garantías para que exista pluralidad de oferentes” -fl. 16-.

Fundamentos

El actor apoya su solicitud de amparo, en síntesis, en las siguientes razones:

En el año 2007, la señora Ministra de Comunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión decidieron adoptar el sistema de televisión digital, adjudicar el tercer canal privado -9 de agosto- y fijar los requisitos para participar en la licitación -diciembre 11-.

En 2008, la cartera ministerial formuló reparos al número de horas de producción exigidas a los aspirantes al tercer canal (enero 15); la entidad demandada abrió las inscripciones en el Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional-RUO (abril 15) y, el 20 de mayo, anunció que en el diciembre siguiente abriría la licitación y adjudicaría la concesión en mayo de 2009; la Procuraduría General de la Nación dispuso acompañamiento preventivo a los procesos de prórroga de las concesiones de los dos canales ya otorgadas y licitación del tercer canal (junio 5); tres interesados en el nuevo canal se inscribieron en el Registro (julio 3) y los dos operadores privados de canales nacionales rechazaron las decisiones relativas a la fijación de un precio para la prórroga de las concesiones de que son titulares y a la no publicación del precio base de la concesión (diciembre 3). La enjuiciada, por su parte, al día siguiente manifestó que, con la apertura del proceso de licitación, revelaría el valor que se echaba de menos.

En 2009, la Procuraduría suspendió, por inviable, el acompañamiento (enero 6) que luego reinició, en aras de la protección del patrimonio público (febrero 7); en el entretanto (enero 9), la demandada y los concesionarios acordaron la prórroga de los contratos hasta 2019, con un precio

de referencia de \$187.184.000.000 para cada uno de los dos canales, sujeto a revisión al cabo de los dos años; en los dos meses siguientes la dirección de la demandada fue asumida por un nuevo director y uno de los Comisionados reemplazado. El 23 de abril se publicó el pre-pliego de condiciones, con la previsión de que la adjudicación se haría mediante licitación pública, considerando la mejor oferta atendiendo a los contenidos televisivo y económico, ponderados por partes iguales (abril 23); el Gobierno Nacional reemplazó a su representante en la Comisión Nacional de Televisión (junio 4); asimismo, uno de los grupos inscritos en el registro le manifestó a la demandada que el proceso licitatorio que venía adelantando generaba preocupaciones en torno a su posible fracaso, dada la falta de transparencia e imparcialidad con la que se venía realizando (agosto 21) y, por parte del Ministerio, se ratificó que la adjudicación se haría mediante licitación, descartando la subasta (agosto 25). La Procuraduría y la Contraloría advirtieron sobre irregularidades, tanto en la participación de los concesionarios como en la asignación mediante licitación y la demandada, entonces, condicionó la entrega de los pliegos de condiciones a un concepto que el Ministerio solicitaría a la Sala de Consulta y del Servicio Civil (agosto 26). En los dos meses siguientes el Gobierno Nacional reemplazó al segundo Comisionado y hubo cambio en la Presidencia de la entidad demandada.

Por su parte, la Sala de Consulta y del Servicio Civil de esta Corporación conceptuó que la adjudicación procedía mediante licitación pública, con la participación de los actuales concesionarios (octubre 14), empero los órganos de control se reafirmaron en sus apreciaciones (octubre 29).

La entidad demanda abrió la licitación, publicó los pliegos el 29 de octubre, fijó el 27 de noviembre siguiente como fecha de cierre y, a solicitud de proponentes, interesados y de miembros del Congreso de la República, postergó hasta el 10 de diciembre el cierre de la licitación y al 1º de febrero la adjudicación.

El Contralor General de la República advirtió sobre un posible detrimento patrimonial, dada la desactualización del precio base de la concesión, estimado desde hacía más de 18 meses (noviembre 24); la Comisión Nacional de Televisión suspendió el proceso y anunció su decisión de cambiar el mecanismo de licitación por el de subasta, para adjudicar en febrero de 2010 (diciembre 4); dos de los grupos inscritos como interesados se retiraron del proceso aduciendo falta de transparencia y de seguridad en las reglas (diciembre 16 y 17). Nuevamente se aplazó la presentación de las propuestas, esta vez para el 12 de enero de 2010 (diciembre 21).

El 8 de enero de 2010, la Comisión Nacional de Televisión, acogiendo la recomendación del ministerio público, dejó sin efectos el proceso licitatorio, con la oposición del único proponente interesado. El 7 de mayo siguiente lo abrió nuevamente y, más tarde (18 de junio), anunció que la adjudicación se llevaría a cabo el 23 de julio posterior, con la participación de un único proponente.

La subasta para adjudicar el tercer canal con la participación de un único proponente contraría las disposiciones del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 pues, conforme al criterio de la Sala de Consulta y del Servicio Civil, conocida de antemano la existencia de un único proponente “se debe permitir ampliar los plazos para sanear requisitos habilitantes con el fin de conseguir varios oferentes” y adicionalmente no se cumplió con la exigencia legal de maximizar los ingresos estatales. Sin embargo, la entidad demandada, haciendo caso omiso del mandato legal y desoyendo la opinión consultada, insistió en continuar la subasta con un único proponente.

Intervención pasiva

Comisión Nacional de Televisión

La entidad pública, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros –fls. 301 a 346-.

En su defensa sostuvo que, en ejercicio de su función de intervención del uso del espectro electromagnético, en tanto bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, con el fin de garantizar el pluralismo informativo y la competencia, adelantó los estudios que le permitieron decidir, el 9 de agosto de 2007, que Colombia debía tener un tercer canal nacional de televisión. Para el efecto, en los términos de la resolución n.º 1210 del 29 de octubre de 2009 dispuso la apertura de la licitación pública n.º 001, con el objeto de dar en concesión la operación privada; decisión que a la postre debió revocar mediante la resolución n.º 004 del 7 de enero de 2010, por la necesidad de introducir ajustes de cara a la adjudicación del contrato, al margen de los reparos advertidos por la Procuraduría General de la Nación.

Manifestó que, surtido el trámite de modificación del pliego de condiciones y atendidas las observaciones de la Contraloría General de la República, los concesionarios, los potenciales proponentes y demás interesados, así como los pronunciamientos de la Sala de Consulta y del Servicio Civil, el 7 de mayo de 2010 expidió la resolución n.º 581 ordenando la apertura de la licitación pública n.º 002, para otorgar en concesión la operación y explotación del canal, del cual el concesionario "...será programador, administrador y operador... en la frecuencia o frecuencias asignadas de conformidad con el Plan de Utilización de Frecuencias-PUT (Anexo No. 5) tal como fuera modificado entre otras por la Resolución No. 395 del 16 de abril de 2010" –fl. 327, c.p.-.

Señaló que, de conformidad con las funciones conferidas por la Constitución Política y las disposiciones de los artículos 48 de la Ley 489 de 1995 y 72 de la Ley 1341 de 2009, le asiste la facultad de adjudicar el uso del espectro radioeléctrico para la operación del tercer canal mediante licitación pública, en cuanto regla general dispuesta por la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, con la posibilidad de optar por la subasta, de determinarse previamente la pluralidad de interesados, sin perjuicio de la adjudicación al único proponente, como lo autorizan las normas rectoras de la contratación estatal para los casos de la licitación pública y de la subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios, en especial el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008. Sin que para los efectos de la adjudicación de la oferta única resulte posible distinguir entre las subastas inversa y ascendente.

Expuso la Comisión que, conforme con el criterio de esta Corporación, contenido en los conceptos del 5 de octubre de 2009 y del 25 de febrero de 2010, la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009 no le impedía continuar con la licitación pública ni adjudicar el contrato al proponente único pues, al parecer de la Sala de Consulta y del Servicio Civil, no se encuentra obligada a usar el mecanismo de subasta para la adjudicación del tercer canal, sin perjuicio de que, conforme con las nuevas disposiciones, debía promover la libre competencia, amén de vigilar que el proponente cumpla los requisitos habilitantes, la oferta se ajuste al pliego de condiciones y considerar los criterios económicos para la adjudicación, garantizando el criterio de maximización. Afirmó también que atendió lo expuesto por esta Corporación, en el sentido de que "...la Licitación 01 de 2009 no maximizaba los recursos en caso de que solo existiera un oferente y por ello esta posibilidad era inadmisibles en el proceso de selección anterior, ya que sabiendo el solitario proponente que no tenía oponente, su ofrecimiento por encima del precio base sería el mínimo posible o, a lo sumo, estaría sometido a su libre albedrío, circunstancia a

todas luces contraria al referido principio de maximización de recursos del Estado” –fl. 312-.

En ese sentido, la demandada manifestó que las exigencias de determinación previa de la pluralidad de los interesados y de maximización de los ingresos, de que tratan las disposiciones del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, las satisfizo con la inscripción y habilitación de tres interesados en el Registro Único de Operaciones-RUO y con la definición de un “precio base mejorado... porque el proponente único deberá asumir la carga que su privilegio implica, la cual consiste en el pago de la suma equivalente al 10% del contrato (sic), establecida en el pliego de condiciones” –fls. 308 y 309, c.p-.

Trajo a colación que en el proceso de selección de que trata la licitación pública n.º 002 varios oferentes pueden pujar económicamente en tres rondas, presentando una oferta cualquiera que supere el precio base de la concesión o el del cierre de la ronda anterior, “salvo que el valor de la segunda oferta presentada por uno de los proponentes sea superior en un 30% o más al del otro proponente” y que, de existir un solo oferente, “el valor más alto por el contrato le corresponde establecerlo a la entidad”, en tanto se trata de la “carga proporcional al beneficio que se deriva de ser proponente único”, para el caso tasada en un 10% adicional al precio base, que “no es mayor ni menor de la que podría resultar de la realización de la subasta”, pues se trata de dos procesos diferentes –fl. 314, c.p-.

Y explicó la accionada que “... [e]l motivo por el cual el plus valor en caso del oferente único habilitado no equivale a cualquier otro porcentaje sino precisamente al 10% constituye una decisión discrecional de la CNTV que debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como lo ordena el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo” –fl. 323 c.p-.

Concluyó que, en cuanto i) en su calidad de órgano autónomo, le compete ejercer la intervención en el espectro electromagnético y el servicio de televisión, incluida las facultades de administración, asignación y reasignación de las frecuencias; planeación, regulación, vigilancia y control del servicio; ii) realizó los estudios que le permitieron determinar la viabilidad del “ingreso de nuevos operadores como el valor a pagar por la concesión” –fl. 304-; iii) agotó “al máximo legal las posibilidades de participación plural en la selección del contratista” –fl. 315-; iv) el proceso permite la puja de económica por la concesión entre varios operadores; v) cumplió con los requisitos de publicidad del proceso licitatorio, acorde con “los intereses económicos financieros y de poderío e influencia periodística que representa” y el interés que el mismo genera para “quienes gozan de la exclusividad del negocio” –fls. 322 y 323-; vi) dos de los inscritos en el registro manifestaron su decisión voluntaria de no participar en el proceso; vii) el único interesado se encuentra habilitado para la adjudicación; y viii) tasó discrecionalmente un precio mayor que la base económica de la subasta, “proporcional al beneficio que se deriva de ser proponente único” –fl. 314-, se cumplen los requisitos previstos en el ordenamiento para la adjudicación al único proponente, de conformidad con el entendimiento de la Sala de Consulta y del Servicio Civil y de los órganos de control. Al punto que la Procuraduría y la Contraloría avalaron que se continuara con la licitación pública n.º 002 de 2010, por haber dictaminado que las falencias advertidas en el proceso anterior fueron debidamente subsanadas, razón por la que se debe presumir la legalidad de la actuación.

Bajo esas consideraciones, a título de excepción, la accionada expuso la improcedencia de la acción, por considerar que carece de fundamento la amenaza o vulneración de los derechos colectivos en que el actor fundó el amparo popular invocado, como lo demuestra, además, el hecho de que, contrario a lo solicitado en este proceso, otros actores ejercieron la acción popular

para que se continúe el proceso de selección y se adjudique el tercer canal en el menor tiempo posible, con las reglas establecidas para la licitación pública n.º 002 de 2010, invocando, entre otras razones, que «...desde que RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., se enteraron de la entrada de un tercer canal manifestaron su oposición y empezaron a usar indebidamente su poder informativo para desprestigiar el proceso adelantado por la CNTV (...), precisando que las verdaderas razones de dicha oposición la constituye el hecho de que la limitada oferta de televisión abierta en el país hacen de este un negocio muy rentable debido a que los canales existentes concentran el 67% de audiencia, el 90% de la pauta de televisión y más del 52% de pauta total de publicidad del país, esto es, la “torta publicitaria” se la reparten los dos canales privados, limitando las opciones de la teleaudiencia y las posibilidades de inversión de los anunciantes» -fls. 335 y 336-, c.p.-.

Finalmente, la accionante afirmó que, en cuanto la acción popular ejercida se funda en idénticos supuestos fácticos y jurídicos expuestos en acciones de la misma naturaleza, iniciadas por otros actores ante varios despachos judiciales con propósitos iguales, deviene en temeraria, razón por la pide que se condene al actor al pago de las costas del proceso.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Con el auto admisorio el a quo dispuso notificar la demanda al despacho ministerial, atendiendo a los hechos en que se funda la acción ejercida. El Ministerio, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, al tiempo que reconoció unos hechos y negó otros –fls. 612 a 620, c.p.-.

En su defensa, la entidad adujo estar convencida de que, en cuanto así lo permite la ley, el proceso y la adjudicación del tercer canal al único proponente debía continuar en la forma como se previó desde el comienzo. Y señaló que, en cuanto no ha “ocasionado un daño contingente, ni creado un peligro, ni vulnerado ni agraviado los derechos e intereses colectivos que menciona el actor ni ningún otro” y además no le corresponde la dirección de la política y la regulación del servicio en materia de televisión, el Ministerio no tendría que haber sido convocado a la litis.

Tercero interesado

Invocando la calidad de “parte interesada, al ser el único proponente habilitado dentro de la Licitación No. 002 de 2010, de conformidad con el informe de verificación y evaluación publicado por la Comisión Nacional de Televisión el pasado 8 de julio de 2010”, la sociedad Canal 3 Televisión de Colombia S.A. intervino, a través de apoderado, para oponerse a las pretensiones –fls. 533 a 550 c.p.-.

Al efecto señaló que no resultaba posible suspender el proceso de selección del concesionario del tercer canal, de que trata la licitación pública n.º 002 de 2010, en tanto i) las disposiciones de los artículos 72 de la Ley 1341 de 2009 y 90 del Decreto 2474 de 2008 autorizan a la Comisión Nacional de Televisión para adjudicarle la concesión de la operación privada del tercer canal, en cuanto su oferta cumplía los requisitos habilitantes y los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones; ii) la condición de único proponente no implica que su oferta sea menos favorable para la administración, como tampoco que la adjudicación genere detrimento patrimonial, dado que pagaría el precio base de concesión, más el 10% establecido como requisito para ser elegido; iii) el proceso se adelantó con sujeción al ordenamiento y la administración atendió satisfactoriamente las observaciones y cuestionamientos de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, al punto que estas finalmente se manifestaron a favor de que se continúe con la adjudicación; iv) la existencia

de un único oferente no desvirtúa la subasta, como se admite en términos generales en la legislación nacional y en el derecho comparado; v) el principio democrático de participación pluralista no permite que la abstención de los demás inscritos en el registro se constituya en un veto al único oferente, porque además de que se desconoce el derecho de las minorías, se subordina el interés general de los usuarios del servicio de televisión a los intereses económicos privados, máxime cuando se trata de los que quieren proteger los concesionarios de los únicos canales en operación y vi) lo procedente en cualquier competencia tiene que ver con que quienes no concurren a la disputa resulten perdedores y no al revés, esto es que se declare perdedor al único jugador que se presenta a la contienda.

Coadyuvante de la Comisión Nacional de Televisión

La señora Lisbeth Yanin Gómez Amaya intervino para oponerse a la suspensión de la licitación pública n.º 002. Sostuvo que i) los hechos y el daño inminente invocados por el actor son ajenos a la realidad e irrelevantes de cara a la adjudicación del tercer canal que reclaman los usuarios del servicio público de televisión y ii) la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la viabilidad de adelantar y adjudicar las licitaciones públicas al único proponente, además de que así lo autoriza expresamente el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 –fls. 422 a 497, c.p-.

Alegatos de conclusión

Demandante

El actor expuso que, además de que el pliego de condiciones de la licitación pública n.º 002 de 2010 no cumplía con la exigencia, de que trata el artículo 72 de la Ley 1341, de adjudicar mediante subasta ascendente las frecuencias para la utilización del espectro electromagnético, ante pluralidad de oferentes, como lo entendió esta Corporación, al punto de suspender provisionalmente el numeral 4.11 de dicho pliego, la entidad demandada incurrió en conductas abiertamente contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, indicativas de desviaciones de poder y de la posible comisión de delitos, consistentes en i) haber subvalorado el precio base de la concesión, fijándolo en \$69.000.000.000, a pesar de que las bancas de inversión estimaron en \$819.166.000.000 el correspondiente a las tres licencias en el periodo regulatorio 2009-2018 y ascendió a \$270.000.000.000 el individual de la prórroga de las dos concesiones vigentes, como lo demuestran “las múltiples revisiones y ajustes hechos por la CNTV” al precio base, a partir de los requerimientos que en esa materia le hicieran la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, además de que “...los estudios que se usaron para definir su conveniencia están equivocados tal como ha sido demostrado fehacientemente por las intervenciones de los organismos de control y por el reconocimiento público que ha hecho de tales errores la misma Junta Directiva de la CNTV, pero ahora también debido a que con las decisiones adoptadas por la CNTV recientemente, se consolida el detrimento patrimonial de los recursos de la televisión pública” –fls. 1122 y 1123-; ii) que se omitió cuantificar y asignar los riesgos atendiendo el contexto en el que se presta el servicio público de televisión, introduciendo desigualdad frente a los concesionarios actuales, limitando la posibilidad de conocer el modelo financiero al que se recurrió para valorar el objeto, imponiendo la necesidad de modificar el cronograma y propiciando el retiro de uno de los competidores; iii) que pasó por alto múltiples observaciones, reparos y solicitudes de aclaración, presentadas por los canales privados y por Control Ciudadano TV, dando lugar al retiro de los interesados, por falta de transparencia y garantías para la participación en igualdad de condiciones; iv) que no se permitió el registro de quienes manifestaron, públicamente, su interés por participar en la adjudicación del tercer canal; v) la abierta subjetividad y parcialidad de que

se hizo gala en el proceso licitatorio, que le mereció el llamado de atención de los interesados y de los organismos de control y vi) que miembros de la junta directiva de la Comisión participaron en el proceso, después de haber cesado sus funciones por vencimiento del periodo para el que fueron designados, como lo puso de presente la Procuraduría General de la Nación, en razón de las audiencias de asignación de riesgos.

En armonía con lo expuesto el actor solicita que se ordene a la Comisión Nacional de Televisión la apertura de un nuevo proceso, la revocatoria del que a la sazón se adelantaba y la “revisión y ajuste de todos los asuntos, estudios, pliegos de condiciones y demás actos y actuaciones administrativas relacionadas con la adjudicación del Tercer Canal de televisión brindando plenas garantías a todos los interesados en participar en el proceso y cumpliendo a cabalidad las normas legales y constitucionales que prevén la igualdad en el acceso a la prestación del servicio público de televisión, la pluralidad de oferentes en el proceso de adjudicación y en consecuencia del derecho a las comunicaciones y el pluralismo informativo” –fls. 1.115 y 1.127, c.p-.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

En esta oportunidad la entidad pública, a través de apoderado, reiteró las razones de defensa esgrimidas con la contestación de la demandada, atinentes a su convicción de que el proceso se adelantó con sujeción al ordenamiento, sin amenazar o vulnerar los derechos invocados, al igual que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión para dirigir la política y regular el servicio público de televisión –fls. 1.128 a 1.131, c.p-.

Canal 3 Televisión de Colombia S.A

La sociedad interesada, a través de apoderado, reiteró que i) los artículos 25 -num. 18- de la Ley 80 de 1993, 72 de la Ley 1341 de 2009, 90 del Decreto 2474 y 12 del Decreto 1170, ambos de 2008, autorizan adjudicar la licitación 002 de 2010 al único proponente, dado que la primera de estas disposiciones exige la pluralidad de interesados y no de oferentes, distinción que tiene fundamento en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, además de que la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, como también las posturas de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República aceptan pacíficamente, como el derecho comparado, la adjudicación mediante subasta con un único proponente, sin desconocer los derechos colectivos invocados, si se considera que los entes de control avalaron esta posibilidad, fundados en que el incremento del precio base de la concesión en un 10% garantiza la maximización de los ingresos para el Estado y ii) el proceso licitatorio n.º 002 de 2010 se sujetó a “suficientes parámetros objetivos con el fin de seleccionar objetivamente al mejor de los tres interesados, cualesquiera de ellos que decidan presentar oferta formal” –fls. 1.132 a 1.155, c.p-.

Comisión Nacional de Televisión

En esta oportunidad, la entidad demanda insistió en la improcedencia de la acción, por considerar que, en cuanto i) la conveniencia y el precio de la concesión fueron definidos a partir de estudios técnicos debidamente justificados, realizados por Equity Investment S.A, las uniones temporales Correval-CGI y Valoración TV Abierta, con el acompañamiento del señor Alberto Carrasquilla Barrera; ii) las actuaciones, además de ser públicas, transparentes y sujetarse al ordenamiento, estuvieron acompañadas de los organismos de control; iii) llevó a cabo la asignación de los riesgos en la forma como está prevista en los estudios y documentos previos al inicio de la licitación, además de haber realizado las audiencias con ese fin; iv) el procedimiento licitatorio se adelantó con la participación de Inversiones Rendiles S.A., Promotora Audiovisual

de Colombia PACSA S.A y Canal 3 Televisión de Colombia S.A., a quienes les asiste el derecho a no continuar con el proceso, como lo manifestaron libremente las dos primeras sociedades; v) la oferta del único proponente no desnaturaliza la subasta a la inversa ni impide la selección objetiva, de conformidad con el ordenamiento y la jurisprudencia de esta Corporación y vi) a falta de “regulación legal” debe aplicarse el pliego de condiciones, carece de fundamento la vulneración de los derechos colectivos invocada por el actor popular -fls. 1174 a 1197-.

Concepto del Ministerio Público

Para la Procuraduría Doce Judicial II Administrativa las pretensiones no pueden prosperar, por cuanto i) las controversias de carácter particular o subjetivo generadas con ocasión de los procesos de contratación son ajenas a los derechos e intereses colectivos que se protegen con la acción ejercida; ii) si bien el ente de control encontró falencias y le formuló observaciones a la licitación pública n.º 001, la administración las corrigió, razón por la que encuentra infundados los reparos del actor al proceso licitatorio en curso y iii) el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 permite la adjudicación al único proponente, tal como se previó en el pliego de condiciones relativo a la licitación n.º 002 de 2010 –fls. 1.158 a 1.172, c.p.-.

Sentencia de primera instancia

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones invocadas.

Al efecto consideró que para que la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa prospere se requiere demostrar i) “la ilegalidad de la conducta”; ii) “el favorecimiento de intereses particulares en cuanto con ello se contradice los principios que gobiernan la función administrativa (transparencia, imparcialidad, eficacia, economía, etc.)” y iii) la “desviación del principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el particular”.

Con esta óptica abordó el estudio de la moralidad administrativa a partir del cumplimiento de las disposiciones que regulan la contratación administrativa aplicables al asunto de que se trata, para concluir que no resulta posible “tildar de amoral el hecho de haberse consagrado en los pliegos de condiciones la posibilidad de adelantar el proceso de selección con un único proponente y adjudicarle a este en caso de ajustarse su oferta a los requerimientos de la administración” –fl. 1.398, c.p.-, en cuanto i) en el proceso de la licitación pública n.º 002 de 2010 la enjuiciada cumplió las etapas de planificación, de apertura del proceso y publicación de los pliegos, de asignación de los riesgos y aclaraciones al pliego, de verificación de los requisitos habilitantes y de evaluación de las propuestas, previstas en las Leyes 80 de 1993, 182 de 1995 y 1150 de 2007; ii) el pliego de condiciones contiene reglas claras para la participación, evaluación, calificación de las ofertas y adjudicación; iii) el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 autoriza adjudicar, mediante subasta, el contrato de concesión de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión; iv) conforme con la jurisprudencia de esta Corporación, anterior a las providencias que suspendieron provisionalmente el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública n.º 002 de 2010, se entendía posible adjudicar a un único proponente; v) la subasta es simplemente un mecanismo de adjudicación y no un proceso de selección como equivocadamente se entiende en la Ley 1341 de 2009, además de que el artículo 72 de esta misma no exige pluralidad de oferentes, sino de interesados, requisito este último que se satisface antes de iniciar la licitación pública y no al cierre, esto es en la etapa de la subasta; vi) “no puede frustrarse el fin principal del proceso licitatorio, el cual es conseguir un nuevo

operador de televisión nacional de televisión privada (sic), con el expediente de no poderse conseguir supuestamente la maximización de los recursos con destino a los Fondos de Tecnologías de la Inversión y las Comunicaciones y del Desarrollo de la Televisión al haber un único proponente”, dado que la norma en comento no conmina a la administración a declarar desierto el proceso, además de que “esta sólo tiene la obligación de garantizar la libre concurrencia en igualdad de condiciones de aquellos particulares que puedan estar interesados en acudir al llamado, pero no está obligada a prorrogar la atención de las necesidades que se consignan en el pliego de condiciones y que motivaron la apertura del proceso de selección hasta cuando acuda una pluralidad de oferentes” –fl. 1.392 c.p-; vii) la maximización de los ingresos no puede prevalecer sobre la autonomía constitucional de que goza la Comisión Nacional de Televisión, los derechos de los consumidores, de los prestadores del servicio ni sobre las garantías constitucionales de eficacia, eficiencia y economía, además de que no se logra maximizar, cuando la búsqueda de la pluralidad de oferentes impone mayores costos; vii) no resulta abiertamente ilegal adjudicar mediante subasta con un único oferente, como lo demuestran, además, los múltiples salvamentos de voto de que fue objeto la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de suspender provisionalmente el numeral 4.11 del pliego de condiciones; viii) la falta de pluralidad de oferentes es atribuible a los interesados que se retiraron sin presentar sus propuestas y ix) la no adjudicación viola el interés general, los derechos a la igualdad, de empresa, de libre competencia del oferente único y el que les asiste a los usuarios a que se les ofrezca el servicio de televisión con más alternativas de elección.

En lo atinente a la defensa del patrimonio público, en la contratación estatal, el tribunal a quo consideró que, en cuanto su regulación legal “tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos”, la procedencia de la acción popular igualmente está condicionada “a que haya ilegalidades en el trámite... y una posterior afectación al derecho colectivo que se pretende proteger” –fl. 1.428 c.p-. En ese sentido, encontró infundados los cuestionamientos que el actor popular formuló en la demanda y en la audiencia de pacto de cumplimiento, relativos a la subvaloración del precio por no incluir los costos de reasignar el canal de Teveandina para operar en esa frecuencia el tercer canal, no actualizar el precio base estimado y no tener en cuenta los precios de la prórroga de las concesiones existentes, por considerar el a quo que i) en tanto la reasignación de la frecuencia VHF actualmente asignada al canal 13 de Teveandina se debe a que este operador se acogió al plan nacional de digitalización, cuyos costos, de conformidad con el ordenamiento, están a cargo del Fondo para el Desarrollo de la Televisión no tiene por qué asumirlos el concesionario del tercer canal; ii) los ajustes por actualización se debieron no solamente a variaciones en el índice de precios sino, principalmente, al incremento en los ingresos por la pauta publicitaria, a los ajustes en el Producto Interno Bruto, los cambios introducidos al impuesto de renta con la Ley 1371 de 2009 y a las variaciones en la Tasa Representativa del Mercado, en los costos por el cambio de la frecuencia UHF a VHF y en el Costo Promedio de Capital (Weighted Average Cost of Capital-WACC) y iii) el precio para la concesión no puede ser igual al de los operadores ya establecidos, pues la participación que tienen en el 78% de la pauta publicitaria le dificultará al entrante la disputa y penetración en ese mercado.

Segunda Instancia

La apelación

El actor recurrió en apelación para que sea revocada la sentencia de primera instancia y amparados los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Consideró que el tribunal a quo i) pasó por alto la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a que la autonomía que la Carta Política le atribuye a la Comisión Nacional de Televisión no justifica su desconocimiento de la ley; ii) limitó el análisis a los “aspectos homogéneos” de las actuaciones que formalmente debían llevarse a cabo, dejando de lado el juicio de moralidad sobre los hechos concretos que “evidencian el carácter irregular e ilegal del proceso”; iii) dejó de ver que el requisito de ilegalidad, al que subordinó el juicio de moralidad administrativa, se encuentra acreditado con la suspensión provisional dispuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al encontrar el numeral 4.11 del pliego de condiciones abiertamente contrario al artículo 72 de la Ley 1341 de 2009; iv) desplazó el control de moralidad por el de legalidad y sustituyó indebidamente al juez de este último control, pues se apoyó en los salvamentos de voto, que carecen de fuerza vinculante, en lugar de reiterar la decisión mayoritaria de la Sala Plena; v) pasó por alto los elementos probatorios que ofrecen certeza en cuanto a que el Gobierno Nacional y la Comisión Nacional de Televisión dejaron de aplicar el ordenamiento “a sabiendas, en relación con su contenido y alcance, para facilitar la entrega del Tercer Canal a uno sólo de los oferentes”, pues, además de que no tuvieron en cuenta las exigencias del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 en materia de valoración y las estimaciones de las bancas de inversión contratadas para el efecto, no cuantificaron y asignaron los riesgos, dentro del contexto del mercado en el que se presta el servicio público y tampoco publicó el modelo de valoración. Y, además de negar injustificadamente la inscripción de nuevos interesados, propiciar el retiro de los competidores por falta de transparencia e imparcialidad, insisten en la adjudicación mediante una subasta con reglas para múltiples participantes, cuando sabían, desde antes de iniciada la licitación pública n.º 002 de 2010, que la sociedad Canal 3 Televisión de Colombia S.A. iba a ser la única proponente y la adjudicataria a un precio fijado discrecionalmente por las enjuiciadas –fls. 1.449 a 1.485, c.p.-.

Alegatos finales

Demandante

En esta oportunidad el actor señaló que, en tanto la primera de sus pretensiones fue satisfecha con la anulación de las disposiciones del pliego de condiciones que regulaban la adjudicación de la subasta con un único oferente, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, está acreditada la ilegalidad que amerita declarar que la entidad demandada vulneró la moralidad administrativa y puso en riesgo el patrimonio público y ordenar que, a la mayor brevedad posible, abra a un nuevo proceso para la adjudicación del tercer canal que requieren los usuarios, en el que i) se permita la inscripción en el registro de nuevos interesados, ii) se valore adecuadamente el bien objeto de la concesión, teniendo en cuenta las características especiales del espectro electromagnético en cuanto escaso y necesario para garantizar la libre competencia, la igualdad y la pluralidad en materia de información, con sujeción a los criterios de tratar las disposiciones del literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995; iii) se garanticen, eficazmente, los principios de libre competencia, transparencia e igualdad en la contratación; iv) se tengan en cuenta los criterios en los que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fundó la decisión de anular el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública n.º 002 de 2010 y v) se adopten las demás medidas de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1992, para la protección de los derechos vulnerados –fls. 1.557 a 1.579, c.p.-.

Comisión Nacional de Televisión

La accionada, a través de apoderado, insistió en la improcedencia de la acción para impedir que se lleve a cabo la adjudicación de un tercer canal, en el marco de la licitación 002 de 2010, con el

único oferente. Para el efecto sostuvo que i) para contratar la concesión de la operación privada del tercer canal, el ordenamiento permite acudir a distintos procedimientos, como la licitación pública, dispuesta por las Leyes 80 de 1993, 182 de 1995 y 1150 de 2007; la subasta inversa, prevista en el Decreto 2474 de 2008 para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y la subasta de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, aplicable de existir pluralidad de interesados, estando permitido en todos los casos la adjudicación con un único oferente; ii) de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, la existencia de una sola oferta no desnaturaliza la subasta, por cuanto la ley no autoriza declarar desierta la licitación por ese motivo, ni impide la selección objetiva, pues esta “no es sinónimo de pluralidad de ofertas sino de exigencia de una buena oferta”; iii) aún si admitiera un vacío legal en relación con la adjudicación al único proponente en la subasta de que trata el artículo citado artículo 72 de la Ley 1341, debe aplicarse las disposiciones del pliego de condiciones, como lo señala la jurisprudencia de la Corporación; iv) la pluralidad de interesados se cumplió con la inscripción en el Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión de las sociedades Inversiones Rendiles S.A., Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A. y Canal 3 de Televisión de Colombia S.A; v) el interés de las dos sociedades que se retiraron del proceso no puede prevalecer sobre el general, que demanda la puesta en operación del tercer canal; vi) valoró el objeto a contratar con la asesoría de Equity Investment S.A., Unión Temporal Correval-CGI, de Unión Temporal Valoración TV Abierta y del exministro Alberto Carrasquilla Barrera, con sujeción a los criterios establecidos en la Ley 182 de 1995 y vi) adelantó la licitación pública n.º 002 de 2010 cumpliendo las etapas de informe a la Cámara de Comercio; convocatoria pública; publicación del proyecto de pliego condiciones y avisos en diarios de amplia circulación; análisis de las observaciones al proyecto de pliego; expedición del acto de apertura; publicación del pliego definitivo; audiencias de asignación de riesgos y de aclaración de los pliegos y de cierre de la licitación, como lo exigen las Leyes 80 y 1150 –fls. 1.512 a 1.556, c.p-.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

La entidad, a través de apoderado, i) reiteró su defensa en el sentido de que no le son atribuibles las amenazas o vulneraciones en que el actor funda el amparo de los derechos colectivos; ii) coadyuvó la oposición al recurso planteada por la Comisión Nacional de Televisión, por considerar que el procedimiento adelantado y la adjudicación mediante la subasta con un único proponente se sujeta al ordenamiento y iii) solicitó que se niegue el incentivo económico, fundada en la improcedencia de la acción y la derogatoria de las normas que lo autorizaban –fls. 1.508 a 1.512, c.p-.

Lisbeth Yanin Gómez Amaya

La coadyuvante sostuvo en esta oportunidad que, en cuanto i) la accionada verificó la existencia de interesados, pues tres sociedades se inscribieron y concurrieron al proceso; ii) el gobierno no desconoció la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión; iii) no es posible valorar el tercer canal en la misma forma como fueron apreciados económicamente los canales existentes y iv) la administración actuó con transparencia y equidad en la definición del precio base de la concesión, resultan infundadas las razones en que el actor apoya las pretensiones –fls. 1.580 a 1.580, c.p-.

CONSIDERACIONES

Competencia

Conforme con los artículos 15 de la Ley 472 de 199 y 1° del Acuerdo número 55 de agosto 5 de 200 expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el 16 de junio de 2011 resolvió la acción popular de la referencia, sobre asuntos contractuales, relacionados con el derecho a la moralidad administrativa, en contra de la Comisión Nacional de Televisión y del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 16 de junio de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para negar el amparo de los derechos colectivos, por considerar que las entidades enjuiciadas no amenazaron ni vulneraron la moralidad administrativa, tampoco la defensa del patrimonio público, en el proceso adelantado para dar en concesión el tercer canal nacional de televisión a un operador privado.

Lo anterior, por cuanto el actor echa de menos en la sentencia recurrida el juicio de moralidad pretendido, en orden a responsabilizar a las entidades demandadas por la violación de los derechos invocados, porque i) dispusieron la apertura de la licitación para adjudicar ilegalmente la subasta a un único proponente, como lo declaró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al anular las disposiciones del numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación n.º 002 de 2010 y, ii) haciendo caso omiso de los principios de planeación, eficiencia, libre concurrencia, transparencia e igualdad, limitaron injustificadamente la etapa de habilitación de los interesados; subvaloraron económicamente el objeto de la contratación; omitieron la asignación de riesgos coherente con las condiciones del mercado, la entrega de información determinante para la valoración del objeto y la atención de múltiples observaciones y permitieron el ejercicio indebido de autoridad a exfuncionarios de la demandada, propiciando el retiro de dos de los interesados habilitados e insistiendo en privilegiar con la adjudicación del contrato a un precio fijado por la administración, a la sociedad que desde antes de la apertura de la licitación se conocía como el único oferente. Por su parte, las entidades enjuiciadas se oponen a la procedencia del amparo, dado que los derechos invocados no fueron afectados, al tiempo que destacan la necesidad de adjudicar el tercer canal y la observancia de la normatividad rectora de la materia.

Para el efecto, la Sala abordará el estudio i) de la protección de los derechos colectivos invocados en el contexto de la acción ejercida y ii) del servicio público de televisión a cargo de la entidad demandada. Amén del régimen para asignar el contrato y el procedimiento para su formación, para luego decidir lo que corresponda sobre el juicio de moralidad y de defensa del patrimonio público, a partir de las actuaciones, decisiones y demás hechos acreditados en el proceso.

La protección de la moralidad administrativa

La Constitución Política trata de la moralidad administrativa como un derecho colectivo (art. 88) y un principio rector de la administración (art. 209). Y la jurisprudencia ha puesto el contenido de este concepto jurídico en los campos de lo axiológico, político e ideológico, que no corresponden ser limitados por la norma jurídica, de donde resulta que la moralidad es en sí misma un valor constitucional de aplicación directa, esto es, no supeditado a la existencia de

definición legal que le corresponde, en consecuencia, al juez de la acción popular dotar de contenido y alcance de cara a garantizar su eficacia, conforme con las exigencias del artículo 2° constitucional.

Efectivamente, sobre la naturaleza dual y el contenido de la moralidad administrativa ha resaltado la Corporación –se destaca

:

La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco - implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial (sic) que esté encargado de su aplicación.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, **desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.**

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político - jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el

nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados - en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo - de abstención- o de carácter social -prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad, y los denominados derechos sociales - que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstención de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

Asimismo, ha señalado la Sala, que la moralidad administrativa como valor constitucional subordina la producción normativa jerárquicamente inferior, pues "...como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular....

De igual manera, se ha ilustrado, por la vía de enunciación de casos concretos, la vulneración el contenido de la moralidad administrativa:

18.1. La Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle contenido y alcance al derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de este derecho, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular -noción que la aproxima a la desviación de poder-; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación -concepción que reconoce la importancia axiológica del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados-; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa

no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos, es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo.

También, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de que el juicio de moralidad administrativa se conduzca por las convicciones subjetivas del juez, puesto que no se trata de imponerle a la administración normas de conducta extraídas del fuero interno del fallador sino de exigir, en cada caso concreto, que sus actuaciones se acompasen con los valores supremos que expresan las aspiraciones legítimas de la sociedad a que sus gobernantes enderecen el ejercicio del poder, a los fines en que hunde su razón de ser la organización política.

En este orden, la jurisprudencia ha acotado el juicio de moralidad administrativa a los siguientes criterios objetivo –se destaca-:

La aplicación jurídica del concepto de moralidad tendiente a orientar y controlar la actividad de la Administración, requiere tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

- Moralidad no es sinónimo de legalidad. En efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la Administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.

- Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. En el marco del Estado Social de Derecho no resulta razonable pensar que cada juez puede juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de moralidad.

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

i) Acudiendo al método histórico se ha acudido a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad administrativa en los siguientes términos:

"Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario"

ii) Desde una perspectiva teleológica, ha sostenido que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la Administración (acto, contrat, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contraria a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder.

iii) Desde su acepción constitucional, se ha destacado que la moralidad no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad.

iv) Frente al carácter de derecho colectivo de la moralidad administrativa, se ha puntualizado

que: a) debe concretarse en cada caso, de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.

v) Una característica general que se advierte en el tratamiento jurisprudencial que se ha dispensado al tema radica en asociarlo a la defensa del patrimonio público y a la lucha contra la corrupción administrativa. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativa.

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como “el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social.

vii) En un pronunciamiento de la Corporación se precisó el tema de la antijuridicidad de la conducta o de la omisión como determinante en el análisis de la moralidad administrativa. En efecto, se ha señalado que “la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

viii) La Sala ha reconocido que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversa.

La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación

Por lo tanto, resulta necesario sostener una noción amplia y mucho más comprensiva del principio de legalidad, en la cual queden comprendidos tanto las normas con rango de ley, como

todo el plexo de principios y de valores que forman parte del ordenamiento jurídico ³/₄ muchos de ellos de raigambre constitucional³/₄, además, por supuesto, de todas las reglas que se integran en la Carta, para entender, ahí sí, encuadrable la noción de moralidad administrativa, la cual, de todas formas, mal podría construirse por fuera de los límites trazados por el ordenamiento jurídico, comoquiera que ello podría abrir las puertas a que las decisiones de los operadores jurídicos ³/₄ y de los jueces, en particular³/₄ se sustenten en concepciones morales subjetivas y no en la moralidad subyacente a la normatividad ³/₄ principios, valores, normas constitucionales, legales y reglamentarias³/₄ aplicable a los casos concretos.

Además, se destaca que la jurisprudencia también ha señalado la necesidad de que el juicio de moralidad se soporte en el principio de legalidad.

Así lo señaló la Sala de Sección, al precisar que, si bien el juicio de moralidad atiende a un contenido distinto del puramente jurídico, no resulta posible fundarlo en criterios extra normativos, acudiendo al efecto a un contenido moral autónomo –se destaca:

La relación entre la moralidad y la juridicidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

“la moral administrativa **también se halla por fuera de las normas**, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública.”

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

(No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.)

La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos **se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social.** Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura

y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre praeter legem.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como “correcto”, “bueno”, “razón”, los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y acertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del “sentido común ético” como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual **cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales,** y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. **La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa,** para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a

efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, **dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración.** Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.

Y ha reiterado el principio de legalidad, como supuesto sobre el que se funda el juicio de moralidad:

(...) la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa **puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.**

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, el interés general, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.

En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

“(...) En efecto, **cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad,** que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.’.

Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder.

En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades

públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez.

Empero, también se observa dificultad en lo que toca con la fuente del contenido sobre el que debe adelantarse el juicio de moralidad; así, desde un extremo se sostiene que debe fundarse en el principio de legalidad, al tiempo que se plantea que la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, de donde la ilegalidad per se no es suficiente para concluir la inmoralidad y que esta última puede configurarse sin que sea *condictio sine qua non* la violación de la “norma legal positiva”.

Asunto que, sin desconocer el alto grado de complejidad que reviste, dado que en él subyacen centenarias discusiones iusfilosóficas sobre el deslinde o la vinculación entre el derecho y la mora— y disímiles posiciones ideológicas sobre el carácter normativo de la constitución, el juez de la acción popular debe abordar con criterios uniformes, pues sobre sus decisiones gravita el deber constitucional de asegurar la eficacia de la moralidad administrativa, conforme con las disposiciones constitucionales de los artículos 2º, 13 y 88.

A juicio de esta Sala, es dable sostener que la diversidad de criterios anotada apuntan a la necesidad de establecer si los deberes de corrección a los que está sujeta la administración y que son demandables a través de la acción popular, necesariamente deben estar contenidos en normas de orden legal o si por el contrario vienen dictados por la moralidad, entendida a partir de un contenido axiológico, político y social, más allá de las exigencias en materia de legalidad.

Existen trascendentales razones que ameritan acoger la postura jurisprudencial, a partir del criterio consistente en que la moralidad administrativa, en tanto valor constitucional con carácter normativo vinculante, por sí misma impone deberes de corrección a las autoridades públicas, más allá del principio de legalidad. De donde deviene que la circunstancia de hallar violaciones de la moralidad aparejadas al quebrantamiento de normas legales, no es una condición relevante para limitar el juicio de moralidad, propio de la acción popular, a la definición legal de los deberes exigibles de la administración.

A continuación se ocupará la Sala de dar cuenta de las razones que fundamentan la postura que se acoge:

- a. La moralidad administrativa es un valor supremo dotado de fuerza normativa y protección constitucionales, encaminado a que la actividad de la administración pública se enderece al cumplimiento de los fines del Estado. En ese orden, no resulta atendible el entendimiento en el sentido de requerirse un reconocimiento normativo adicional que legitime a la moralidad administrativa, como fuente coercible de cara a controlar la actividad de las entidades públicas.

Consecuencia inmediata de este atributo, es que la moralidad administrativa está impregnada del carácter normativo vinculante y la jerarquía superior que ostentan las normas constitucionales; lo que apareja i) deberes de corrección inmanentes a la positivización misma del orden constitucional, suficientes para enjuiciar la actuación de la administración en orden a la exigencia de su cumplimiento y ii) la unidad normativa y coherencia de la normatividad que rige la actuación de la administración en torno a la moralidad, razón que descarta la subordinación de este valor al principio de legalidad, también demandable de las autoridades.

En ese orden, la eficacia de la moralidad administrativa no radica solo en llevar la ley al campo de su eficacia material, sino, principalmente, en la prevalencia de la Constitución Política, es decir, de sus normas, valores y principios subordinantes tanto de la ley como del ejercicio mismo del poder. Razón por la que, a todas luces, resulta ilusoria la pretensión de agotar el contenido de la moralidad administrativa en la legalidad, máxime si, como se deriva de la misma Constitución, la moralidad subordina la producción normativa en las distintas esferas infra-constitucionales.

- b. La moralidad administrativa es objeto de control judicial directo. De ahí que, más allá de las diferencias ideológicas sobre este valor supremo y de los desacuerdos que suelen suscitar las decisiones judiciales por cuestiones relativas a los razonamientos de orden jurídico, moral y político en que se fundan, las normas constitucionales sometieron al control judicial el ejercicio del poder público por razones de moralidad y de legalidad, de ahí que resulta contraria a la Constitución Política la insinuación de rehusar el poder de decisión judicial argumentando que no es dable imponer a la administración, en el caso concreto, deberes de corrección fundados en el contenido axiológico de la moralidad y no exclusivamente en la legalidad. Siendo así, la vinculación entre moralidad y legalidad no es una condición que deslegitime controlar el ejercicio del poder público mediante el juicio directo de moralidad administrativa.
- c. La moralidad, desde la naturaleza de principio rector de la administración, atribuida por las disposiciones constitucionales –art. 209-, lejos de estar limitada por la legalidad y el alcance de las reglas de orden legal, constituye un punto de partida imperativo para el logro de los fines esenciales del Estado. Por ende, no es dable poner, con carácter excluyente, la moralidad administrativa en el campo de las reglas legales; por el contrario, la naturaleza que le corresponde constitucionalmente exige que su análisis se aborde a partir del juicio de ponderación propio de la aplicación de los principios, que permita la sistematización de su significado o contenido con los demás valores y principios constitucionales, de cara a la garantía de su eficacia.

Establecido que el propósito fundamental de la moralidad administrativa sirve a que las actuaciones de la autoridad pública se enderecen estrictamente a la consecución de los fines esenciales de la organización política, su contenido responde a la sistematización de los valores y principios en que se funda el Estado, en esencia aquellos que concurren a la protección de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales y, asimismo, a la organización del poder para su acceso y ejercicio -incluidas las relaciones entre la administración y el administrado-, a los servicios y funciones a su cargo y a la revisión judicial de las actuaciones de la autoridad a través de distintos mecanismos, como una de las diferentes manifestaciones del control del poder. Eficacia que impone a la administración distintos deberes de conducta.

En esta dirección, bien vale ilustrar sobre el entendimiento que en la doctrina extranjera se viene dando a la moralidad administrativa –se destaca:

La disposición que sirve de punto de partida para la construcción del principio de moralidad se halla en el art. 37 de la Constitución Federal [de la República Federativa do Brasil], que sitúa la moralidad como uno de los principios fundamentales de la actividad administrativa. La Constitución Federal, lejos de conceder una palabra aislada a la moralidad, le atribuye una gran importancia en varias de sus disposiciones. La sistematización sumaria del significado preliminar de esas disposiciones demuestra que la Constitución Federal se preocupó de modelos de conducta de varias formas:

En primer lugar, estableciendo valores fundamentales, como la dignidad, el trabajo, la libre iniciativa (art. 1), la justicia (art. 3), la igualdad (art. 5...), la libertad, la propiedad y la seguridad, la estabilidad de las relaciones, El establecimiento de estos valores implica el deber de tenerlos en consideración en el ejercicio de la actividad administrativa, así como la prohibición de restringirlos sin justificación plausible.

En segundo lugar, instaurando un modo objetivo e impersonal de actuación administrativa, basado en los principios del Estado de Derecho (art. 1), la separación de poderes (art. 2) y la impersonalidad (art. 5). La instauración de un modo objetivo de actuación implica la primacía de los actos ejercidos al amparo jurídico en detrimento de los practicados de forma arbitraria.

En tercer lugar, creando procedimientos de defensa de los derechos de los ciudadanos, mediante la universalización de la jurisdicción (art. 5)... el control de la actividad administrativa a través del recurso de amparo y la acción popular, incluso contra actos lesivos de la moralidad (...) y la anulación de actos de corrupción administrativa (art. 37, § 4). La creación de procedimientos de defensa permite anular actos administrativos que se alejen del modelo de conducta jurídicamente elegido.

En cuarto lugar, consagrando los requisitos para el ingreso en la función pública (...). La consagración de esas condiciones para el ingreso en la función implica elegir la seriedad y la reputación como requisitos del hombre público.

En quinto lugar, instituyendo distintos mecanismos de control de la actividad administrativa, incluso mediante el control de la legitimidad de los actos administrativos por parte de los tribunales de cuentas (...).

Como se puede percibir, el principio de moralidad exige conductas serias, leales, motivadas y esclarecedoras, aunque no estén previstas en la ley. Por lo tanto, constituyen una violación del principio de moralidad tanto la conducta adoptada sin parámetros objetivos y basada en la voluntad individual del agente, como el acto practicado sin considerar la expectativa creada por la administración.

- d. Como derecho subjetivo, la moralidad administrativa, en su extremo activo, pese a su titularidad difusa, consiste en la facultad de los ciudadanos para exigir, inclusive individualmente, que la actividad de la administración en sus distintas facetas –actuaciones, operaciones, hechos y contratos- se adecúe al cumplimiento de los fines estatales y se le imponga por la vía judicial, en cada caso concreto, la eficacia del derecho de que se trata; en tanto su aspecto pasivo tiene que ver con el cumplimiento de los deberes de corrección que obligan a la administración trascender, desde las exigencias formales, hasta el campo en el que la actuación se acompase con los valores y principios rectores de la sociedad política.

Quiere decir entonces, que, mientras las funciones se definen en la Constitución, la ley y el reglamento y están sujetas enteramente al principio de legalidad, los deberes de corrección que debe observar la autoridad para materializar esas funciones habrán de responder a los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es a la moralidad administrativa. En ese orden resulta posible afirmar, por ejemplo, que así como la legalidad de la actuación de la administración no puede deducirse de la honestidad, lealtad o los buenos propósitos del funcionario que actuó sin autorización de la ley, también es entendible que esos valores resultan aplicables de cara al juicio de moralidad administrativa, al margen de estar definidos o exigidos expresamente por la ley,

pues no se comprende cómo, siendo exigibles en las conductas de todos los asociados, no tengan los funcionarios públicos el deber de acompañar el ejercicio de sus funciones a esos imperativos.

En ese orden, sin lugar a dudas, la eficacia que la Constitución Política exige de este derecho –arts. 2° y 88- constituye uno de los mayores avances en el control al ejercicio del poder, pues la moralidad impone que los deberes de la administración se ubiquen, más allá de las exigencias de la legalidad con que tradicionalmente se ha querido controlar su actividad, en el campo de los valores fundantes de la sociedad y que, en tanto tienen que ver con la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos y propugnan por una estricta corrección en el obrar que habría de analizarse en cualquier caso, escapan a la posibilidad de que el legislador provea su contenido con antelación; pero que, en todo caso, se encuentran inmersos en lo público, por ser necesarios para que su manejo se encauce estrictamente por los fines que la carta fundamental atribuye al ejercicio del poder, como razón de ser de la organización política y de las garantías civiles.

La defensa del patrimonio público

Sobre este derecho colectivo, ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación:

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto.

Alcance de la protección de la moralidad administrativa y el patrimonio público

La jurisprudencia de esta Corporación viene señalando que la acción popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración desde el ámbito constitucional vigente.

Y la Sala reitera en esta oportunidad ese criterio jurisprudencial, pues, como se expuso, la prevalencia del orden superior y la exigencia de la eficacia de los valores supremos que el juez de la acción popular debe preservar no permiten restringir sus facultades frente a las que le asiste al juez ordinario, sino acrecentarlas, teniendo como límite, únicamente las garantías previstas en el artículo 29 constitucional.

En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.

Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209- y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como “un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina–“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente.

El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4, 6, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) legalidad y moralidad a los que están sometidas las autoridades públicas a la normatividad jurídica y iii) el control jurisdiccional de la actividad de la administración, en sus distintas facetas, tan por razones de legalidad como de moralidad. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4º de la Carta a la letra expresa: 'La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales'. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3º del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte

Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.

Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si quien ejerce el control está dotado de mecanismos de protección judicial eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza el derecho a la moralidad administrativa y que para el efecto otorga la acción popular si a la misma se le resta eficacia.

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular, dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente haya confiado el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No es, pues, a un juicio formal de legalidad al que debe limitarse la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público a través de la acción popular, si se considera que lo que se busca es precisamente que se controle directamente la moralidad a la que debe sujetarse la administración y, por tanto, se superen los límites que a las acciones ordinarias se les presentan cuando deben protegerse derechos de contenido difuso que permiten al juez superar la legalidad formal que degrada o subordina los fines estatales en pro de oscuros, deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación en defensa de su transparencia, conforme a lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

el juicio de moralidad a cargo del juez popular, se ubica allende del principio de legalidad,

controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares para enjuiciar la moralidad de la actividad de la administración. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y

el régimen del control de la actividad contractual del Estado no se agota en el juicio de legalidad previsto por la Ley 80 de 1993 ni en las normas del derecho privado, sino que está integrado por los distintos principios y normas constitucionales y disposiciones legales, en especial, de las disposiciones dictadas por la Ley 472 de 1998 que prevalecen, no solo por ser posteriores, sino por su naturaleza especial, cuando se trata de enjuiciar la moralidad de la actividad contractual y la protección del patrimonio público, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Quiere decir, entonces, que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

En esa línea, huelga concluir que, en el caso de la protección de la moralidad administrativa, la congruencia del fallo no se establece por las pretensiones y la causa petendi únicamente, si se considera que i) en tanto el actor popular no detenta la disposición del derecho colectivo invocado, no resulta posible que al formular las peticiones y motivos en que funda el amparo solicitado, el particular renuncie o imponga límites al juez en las medidas que demanda la protección de la moralidad administrativa; y ii) el juez de la acción popular lejos de ser protector de los intereses particulares del actor, es el principal garante de la eficacia de la moralidad administrativa, como lo demanda el artículo 2° constitucional.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, pero el núcleo de este derecho frente a la protección del principio de la moralidad administrativa, se centra principalmente en las ritualidades propias del trámite, del decreto, práctica y derecho a controvertir las pruebas y en las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses colectivos en juego.

Insiste, igualmente la Sala en que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible –art. 2°-, con independencia del tiempo transcurrido

desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, sin perjuicio de que, como lo señaló en esa oportunidad, “sólo son pasibles de acción popular por los cauces de la Ley 472 los derechos colectivos, cuya violación se alega con anterioridad a su entrada vigencia, que tenían el carácter de tales por definición expresa del ordenamiento vigente para la época de los hechos, dado el carácter irretroactivo y ultractivo de la ley 472 (sic) C-215-99”.

En ese mismo sentido, reitera la Sala el criterio jurisprudencial conforme con el cual el juicio de moralidad procede aún después de que hayan cesado las amenazas en contra de los derechos colectivos, como quiera que el restablecimiento de la legalidad no restituye per se la moralidad administrativa vulnerada, además de que, de cara a evitar el daño contingente y proteger integralmente los derechos colectivos, proceden las medidas tendientes a que en el futuro no se reincida en las actuaciones que los ponen bajo amenaza o vulneración.

El servicio público de televisión

Conforme con el artículo 75 constitucional, el espectro electromagnético, en tanto bien público inalienable e imprescriptible, está sujeto a la intervención del Estado con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de acceso, el pluralismo informativo, la libre competencia y evitar las prácticas monopolísticas en su uso.

La Carta Política puso en cabeza de un órgano del orden nacional, con personería jurídica, autonomía y régimen de derecho público propio, la intervención en el espectro electromagnético, utilizado para el servicio de televisión, incluyendo la dirección de la política, la regulación, la planeación y la ejecución de programas –arts. 76 y 7-.

En cuanto servicio público, el de televisión i) constituye uno de los fines esenciales del Estado, ii) regido por los principios de eficiencia y universalidad, iii) cuya prestación eficiente puede realizarla directamente o a través de particulares o comunidades organizadas y iii) además del régimen jurídico que determine la ley, está sometido a la regulación, vigilancia, control y los demás instrumentos de intervención estatal según los artículos 76, 77, 267, 277 y 365 constitucionales.

Se destaca, igualmente, que el servicio de televisión se rige por el principio constitucional de libertad económica, por cuya virtud le corresponde al Estado i) impedir que se restrinja, ii) garantizar la libre iniciativa dentro del bien común, la libertad de empresa como base del desarrollo, con función social y la libre competencia como un derecho de todos, que supone responsabilidades y iii) evitar o controlar el abuso de la posición dominante –arts. 20, 75, 76, 333 y 334-. Además de que al tenor de las disposiciones de esta última norma se reservó a la ley la limitación “del alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Aunque la Ley 182 de 199— asigna la titularidad y reserva al Estado el servicio público de televisión, dispone que se preste mediante concesión a las entidades públicas, los particulares y las comunidades organizadas –art. 1º-, bajo los principios de eficiencia, libre competencia, pluralismo informativo y control de las prácticas monopolísticas –arts. 4º, 17, 29 y 37-.

Conforme con la definición legal, i) se trata de un servicio de telecomunicaciones con programación dirigida al público ii) que se materializa con la emisión, transmisión, difusión,

distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea; iii) está vinculado a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de la información y comunicación audiovisuales y iv) cuyos fines son los de formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana, de cara a la satisfacción de las finalidades sociales del Estado, la promoción del respeto de las garantías, deberes, libertades y demás derechos fundamentales, la consolidación de la democracia, la paz y la difusión de los valores humanos y expresiones culturales, con sujeción a la imparcialidad e igualdad, a la separación entre opiniones e informaciones, al respeto al pluralismo, la honra, el buen nombre y la intimidad, a la protección de la juventud, la infancia y la familia, la preeminencia del interés público y a la responsabilidad social de los medios de comunicación –Ley 182/95, arts. 1º y 2º-.

Se trata, asimismo, de un servicio que de acuerdo al nivel de cubrimiento puede ser i) internacional, si la señal se origina en el territorio nacional y se recibe por fuera del mismo o a la inversa; ii) colombiano, cuando estas dos actividades se conjugan en el país; iii) **nacional de operación pública, el que es prestado por “el ente público pertinente”**; iv) **nacional de operación privada, cuando es autorizado –se destaca- “como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional”**; v) regional, cuando cubre un área geográfica formada por el territorio del Distrito Capital o inferior al territorio nacional, sin ser local, último que se presta en un área geográfica continua que no supera el ámbito del municipio, distrito, área metropolitana o de la asociación de municipios y vi) comunitario, sin ánimo de lucro. Y, ahora, según la destinación de la señal, la televisión será i) abierta, si puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de la destinación de determinados programas a un grupo de usuarios y ii) por suscripción si, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción –Ley 182, arts. 20 y 22-.

Dispone la ley que la operación y explotación de los medios masivos de televisión sean autorizadas por el Estado, con sujeción a las posibilidades del espectro electromagnético, las necesidades del servicio y a la prestación eficiente, competitiva y a la intervención estatal –art. 29-. En ese mismo orden, señaló que las frecuencias requeridas para la prestación del servicio pueden ser operadas por personas jurídicas públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, en virtud de un contrato o licencia –art. 35-, en todo caso, el servicio “prestado en libre y leal competencia” –art. 37-.

Asimismo, garantiza la ley la libertad de acceso a las redes de telecomunicaciones y de energía eléctrica del Estado o de las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como a la infraestructura de postes y ductos para tender y conducir los cables necesarios para transportar y distribuir la señal de televisión al usuario del servicio i) cuando sea técnicamente posible, ii) previo acuerdo entre el concesionario y el propietario, o decisión de árbitros, que debe incluir las condiciones de utilización y el valor de compensación por el uso y iii) condicionado a que se paguen la sumas convenidas, sin que esté permitido el canje por publicidad –art. 19, modificado por la Ley 336-.

Los fines de las funciones a cargo de la demandada

A la Comisión Nacional de Televisión, en los términos de los artículos 76 y 77 constitucionales, le correspondía ejercer la función de intervención en el espectro electromagnético, utilizado para la prestación del servicio público, incluyendo la dirección de la política, regulación, planeación y

ejecución de programas relativos al servicio público, al tenor de los cánones constitucionales.

Además, la Ley 182 de 1995 le atribuyó a ese organismo el ejercicio, en representación del Estado, de la titularidad, reserva e intervención del servicio público de televisión con el fin de “...garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley” –arts. 4º y 23-.

Para el cumplimiento de los fines estatales, la ley de que se trata atribuyó al organismo del que se viene haciendo mención, en cuanto rector del servicio de televisión, entre otras funciones, las de i) dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual le atribuyó los actos que considere necesarios para preservar el espíritu de la ley; ii) inspeccionar, vigilar, controlar y regular la prestación del servicio, de manera especial “en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales, y obligaciones con los usuarios”; iii) proteger la libre competencia, el pluralismo informativo y evitar las prácticas monopolísticas, para lo cual debe investigar y sancionar la violación de los regímenes en la materia y en especial las “prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades... o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio”; iv) reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos para la concesión de espacios, cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos; v) asignar a los operadores las frecuencias para la prestación del servicio, “de conformidad con el título y el plan de uso de las frecuencias aplicables al servicio” y permitir el montaje o modificación de las redes respectivas y sus operaciones de prueba y definitivas; vi) decidir “el reordenamiento final del espectro electromagnético, pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley”, previa asignación de las frecuencias por parte del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; vii) fijar “los derechos, tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias” con sujeción a los criterios definidos en la ley y viii) las demás funciones como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión –art. 5º-.

Asimismo, por mandato legal le correspondía a la Comisión Nacional de Televisión definir las condiciones de entrada y salida de los operadores del mercado del servicio de la televisión, en cuanto le fueron asignadas las funciones de i) reglamentar y llevar el registro único de operadores en el que deberán inscribirse las personas interesadas en la concesión –Ley 182, art. 48-; ii) llevar el registro de las frecuencias, de conformidad con las normas internacionales, que estén atribuidas al servicio de televisión, en cada uno de los niveles territoriales en los que se

pueda prestar el servicio y determinar su disponibilidad, así como de las que estén concedidas, con indicación nombre del operador, el ámbito territorial de la concesión, su término y las sanciones de que hayan sido objeto los concesionarios –art. 27 íbidem-; iii) asignar las concesiones para la operación del servicio público de televisión –art. 12, ídem-; iv) garantizar la continuidad temporal del servicio en caso de suspensión, caducidad o terminación de los contratos con los operadores –art. 12- y v) reglamentar el derecho de renuncia a las concesiones de que tratan los artículos 17 de la Ley 335 de 1996 y 6º de la Ley 680 de 2001.

Si bien la Ley 182 de 1995 reserva al Estado la titularidad del servicio de televisión y dispone su prestación mediante concesión a las entidades públicas, los particulares y las comunidades organizadas –art. 1º-, mandó, reiterativamente, que la Comisión Nacional de Televisión regulara el servicio e interviniera, gestionara y controlara el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación, -se destaca- “...con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley” –arts. 4º y 1- –'–.

Igualmente, enfatiza la Ley 335 de 1996 en la obligatoriedad del principio de **igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, diametralmente opuesto a las prácticas monopolísticas en la prestación del servicio público de televisión y conductio sine qua non de la libre competencia y el pluralismo informativo** –art. 2- -.

La concesión del servicio de televisión abierta nacional de operación privada

De conformidad con la Ley 182 de 1995, el acceso al espectro electromagnético y a la operación o explotación del servicio público de televisión por parte de entidades públicas o de particulares, procede previa autorización individual mediante concesión otorgada por ministerio de la ley o “por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión” –art. 4-.

La concesión puede ser conferida a través de licencia o de contrato –arts. 35 y 48, lit.c. íb.-, a operadores privados de canales nacionales escogidos por el procedimiento de licitación y en audiencia públicas, de conformidad con los artículos 48 de la Ley 182 de 1995 y 23 de la Ley 335 de 1996. Y con el fin de asegurar transparencia en la asignación de las frecuencias y la maximización de recursos para el Estado, manda el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 que se determine previamente la existencia de pluralidad de interesados y se aplique procesos de selección objetiva, como la subast.

Sin perjuicio de las reglas que se pueden incluir en los pliegos de condiciones, el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 sujeta la concesión de los canales nacionales de operación privada a las siguientes condiciones: Sin perjuicio de las reglas que se pueden incluir en los pliegos de condiciones, el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 sujeta

i) los participantes en la licitación deben ser inscritos, calificados y clasificados con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, considerando su estructura organizacional, capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía, sin que estos factores sean susceptibles de calificaciones adicionales en la licitación;

ii) **la adjudicación de los contratos de concesión se sujetará a los criterios de calidad del diseño técnico, capacidad de inversión, de expansión y para “ofrecer una programación**

más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones, así como de evitar los abusos de posición dominante en el mercado como las prácticas restrictivas de la libre competencia”; número de horas de programación ofrecida con mayor ponderación de la nacional y viabilidad económica de programación del servicio, entre otros;

iii) el otorgamiento de la concesión, por contrato o licencia, dará lugar “al pago de una tarifa que será independiente de aquella que se cause por la utilización de las frecuencias indispensables para la prestación del servicio”;

iv) el término de la concesión será de diez años, “prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuita”, según la modificación introducida por el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007.

v) los operadores deben mantener los archivos fílmicos de la programación y publicidad emitidas, para fines de control, en los términos y condiciones que establezcan los reglamentos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión;

vi) al final de la concesión no hay lugar a la reversión de los bienes de los particulares, sin perjuicio de que se pueda “acordar con los operadores la adquisición de los bienes y elementos afectos a la prestación del servicio de televisión, en los términos condiciones que se definan de común acuerdo, o mediante perito designado conjuntamente por las partes”;

vii) El establecimiento, uso, explotación, modificación o ampliación de la red de televisión autorizada se harán con sujeción al título de concesión, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones;

viii) los concesionarios deben ceder al Gobierno Nacional espacios de su programación para transmitir programas de carácter institucional, de conformidad con la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión;

ix) hay lugar a la caducidad del contrato y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, además de las causales establecidas en la ley, aquellas que las partes pacten; y

x) la concesión obliga a la explotación directa del servicio público objeto de la misma y es intransferible.

Se comprende, entonces, la concesión como la autorización de carácter individual que otorga el Estado, para que un operador privado use el espectro electromagnético, para la explotación del servicio público de televisión nacional abierta.

El juicio de moralidad y de defensa del patrimonio público

Con fundamento en los hechos y actuaciones adelantadas por la demandada para dar en concesión un tercer canal de televisión abierta, nacional de operación privada, el actor aduce la violación de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, fundado en la vulneración de los principios de transparencia, de libre concurrencia y maximización de los ingresos por la concesión del canal, en tanto la Comisión Nacional de Televisión habría incurrido en irregularidades consistentes en i) estimar y asignar los riesgos sin consultar las condiciones del mercado del servicio público de televisión, introduciendo tratos discriminatorios frente a los concesionarios actuales; ii) adelantar el proceso licitatorio para la

concesión del tercer canal en frecuencias UHF, cuando en realidad su intención era reasignarle al concesionario, después de la adjudicación, la frecuencia del canal 13 asignada al operador público Teveandina; iii) hacer caso omiso de las reglas del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, conforme con las cuales debió permitir la inscripción de nuevos interesados, incentivar una mayor concurrencia de oferentes y asegurar la obtención de la mayor cantidad de ingresos posibles para el fondo estatal; iv) establecer un precio base para la concesión que, además de inferior al estimado para la prórroga de las concesiones vigentes, no incluye los costos de la reasignación del canal 13 operado en Very High Frequency-VHF y se funda en estudios errados, como lo habrían advertido los órganos de control; v) no atender adecuadamente las observaciones y cuestionamientos de los inscritos sobre la falta de transparencia del proceso y ausencia de reglas, propiciando su retiro de la licitación y vi) permitir que quien fuera Director continuara ejerciendo sus funciones en el proceso licitatorio, después de vencido el periodo para el cual fue elegido.

En consecuencia, la Sala procederá al estudio de las actuaciones a las que se hace mención y, asimismo, a valorarlas a la luz de los principios de planeación, transparencia, libre competencia y eficacia que sujetan a la entidad demandada, en lo relativo a i) el cumplimiento de los deberes a cargo de la entidad demandada de cara a la regulación del servicio y de las condiciones objetivas para la entrada de nuevos operadores, ii) la valoración de la concesión, iii) la estimación y asignación de los riesgos de la concesión, iv) la libre concurrencia de los interesados, v) el deber legal de maximizar los ingresos estatales, vi) la definición de las frecuencias objeto de la concesión y vii) la sujeción a las reglas de permanencia en el ejercicio de la función pública.

Las actuaciones surtidas para la adjudicación de la concesión

De conformidad con los elementos probatorios allegados al proceso, se tiene certeza sobre los siguientes hechos relevantes para la decisión:

En diciembre de 1997, la Comisión Nacional de Televisión celebró los contratos de concesión n.º 136 y 140 de 1997 con las sociedades Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A., “para la operación y explotación de dos canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional”, conviniendo en un precio individual de \$98.000.000.000 –aproximado-, un plazo de 10 años y una cláusula de exclusividad por cuya virtud la contratante “sólo podría otorgar concesiones de canales nacionales a otros operadores privados a partir del vencimiento del término inicial de los contratos” –fls. 447, c.prb. 4 y 17, c. prb. 5-.

En 2006, la Comisión Nacional de Televisión celebró el contrato n.º 062 de ese año con la banca de inversión Equity Investment S.A., para la asesoría integral “en el proceso de valoración de las prórrogas de las concesiones y el estudio de viabilidad para la entrada de un tercer operador”. El contratista rindió su informe final a la contratante en abril de 2007 –fl. 17, c.prb. 5-.

En sesión del 9 de agosto de 2007, la demandada decidió que “Colombia tendría un tercer canal privado de operación nacional” –fls. 528 y 529, c. prb. 5-.

En octubre siguiente, la entidad demandada contrató dos asesorías con las uniones temporales Valoración Concesión TV Abierta y Correval-CGI, conformadas por banqueros de inversión, con el fin de “profundizar en ciertos supuestos adoptados por la banca de inversión para su análisis y estudio, con el fin de construir escenarios alternativos que pudieran proveer a la Junta Directiva con mayores elementos de juicio en la decisión de la fijación del valor de las prórrogas de las concesiones y la licencia para un nuevo operador de televisión privada abierta nacional”; los

contratistas entregaron el informe final conjunto el 2 de diciembre de 2008. Asimismo, celebró el contrato n.º 116 de 2007 con Ipsos-Napoleón Franco & Cía, para la elaboración de un estudio de hábitos, usos y preferencias de televisión; el informe final –“La gran encuesta de la televisión en Colombia”- fue entregado a la contratante en marzo de 2008 –fl. 17, c. prb. 5-.

Mediante el Acuerdo 001 del 11 de abril de 2008, la Comisión Nacional de Televisión reglamentó el Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional-RUO y dispuso que –se destaca- “[l]as solicitudes de inscripción para quienes deseen inscribirse y ser calificados y clasificados como Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional se abrirán el día 15 de abril y se cerrarán el día 30 de julio de 2008, que **será el último en el que se podrán presentar solicitudes de inscripción**. Este mismo término se aplicará a quienes sean Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional y aspiren a la prórroga de sus contratos” (art. 3º, par. 2º) –fl 529, c.prb. 5 y copia del acuerdo tomada de la web de la entidad demandada (www.antv.gov.co), el 17 de julio de 2013-.

En el registro de que trata el citado Acuerdo 001 de 2008 fueron inscritos los concesionarios Caracol Televisión S.A., RCN Televisión S.A. y las sociedades Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A., Inversiones Rendiles S.A, Canal 3 Televisión de Colombia S.A. (estas tres últimas también llamadas en el proceso como los grupos Prisa, Cisneros y Planeta) –según consta en acta que obra a fls. 4 y ss., c. prb. 6-.

En la sesión del 2 de diciembre de 2008, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión determinó “las condiciones económicas para adjudicar una nueva concesión para prestar el servicio de televisión abierta privada de cubrimiento nacional” –acta n.º 1466-.

En la sesión del 7 de enero siguiente, la Junta Directiva decidió que el tercer canal entraría en operación y por tanto se podría empezar la venta de pauta comercial a partir del 1º de julio del 2010; el precio base de la concesión se publicaría “en el momento oportuno”; el cubrimiento de red analógica para los actuales y el nuevo canal debía ser del 86%; antes del inicio de la operación comercial el concesionario del tercer canal debía cumplir con el 33% del cubrimiento analógico, previsto en el plan de expansión; la apertura de la licitación sería el 16 de febrero de 2009 y la adjudicación entre la primera y la tercera semanas de junio siguiente y, en caso de otorgar una nueva concesión, los ajustes al precio solamente procederían previa verificación del desequilibrio económico de las existentes. En esa misma sesión, la enjuiciada acogió el informe financiero del consultor Alberto Carrasquilla sobre la actualización y corrección de la valoración efectuada por las bancas de inversión –acta 1488, de la sesión llevada a cabo el 7 de enero de 2010-.

El 20 de abril de 2009, la Procuraduría General de la Nación le solicitó a la Comisión Nacional de Televisión i) revisar el proyecto de pliego de condiciones que se proponía publicar, en lo que tiene que ver con el cumplimiento y verificación de la exigencia de que los inversionistas extranjeros no pueden tener más del 40% de participación en el capital de la sociedad que resulte adjudicataria y la posibilidad de que los actuales operadores participen en la licitación del nuevo canal, a la luz de la prohibición contenida en el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 y ii) auditar el comportamiento real de la pauta publicitaria para efectos de “determinar y regular el precio de la concesión”. Asimismo, el órgano de control le manifestó su decisión de revisar los estudios contratados con las bancas de inversión con el fin de determinar “qué tan eficaz y diligente fue su actuación en la estructura final de la prórroga de los canales privados, dado que este precio será un referente obligatorio en

la determinación del precio de la Concesión del Tercer Canal” y requirió a la demandada para el envío de la regulación expedida en ejercicio de la función que le atribuye el artículo 5° de la Ley 182 de 1995 para “[r]eglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos” –fls. 715 a 720, c. prb. 2-.

El 22 de abril de 2009, la entidad demandada publicó en la página web del Sistema Electrónico de Contratación Pública-SECOP el proyecto de pliego de condiciones –fl. 529, c. prb. -; los días 24 de junio y 14 de agosto siguientes dio respuesta a las observaciones formuladas al proyecto por los interesados.

El 5 de mayo de 2009, la Procuraduría General de la Nación le solicitó a la Comisión Nacional de Televisión informar el fundamento legal para no acoger en el pliego condiciones los requerimientos efectuados el 20 de abril –fls. 713 y 714, c. prb. 2-.

El 15 y 20 de octubre de 2009, la Comisión Nacional de Televisión informó en cuatro periódicos de circulación nacional “sobre el objeto y características esenciales de la licitación pública”.

El 29 de octubre 2009, la entidad demandada expidió la resolución n.º 2009-380-001210-4 para ordenar la apertura de la licitación pública n.º 001 de 2009, que “tiene por objeto la adjudicación del Contrato de Concesión para la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No. 3”; definir que solamente podrán participar las personas calificadas e inscritas en el Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional; señalar que las condiciones de participación serían las definidas en el pliego de condiciones publicado en el Sistema Electrónico de Contratación Pública-SECOP; establecer el cronograma y convocar a las veedurías ciudadanas e integrar el comité evaluador y asesor –fls. 530 a 730, c. prb. 5-.

El 3 de noviembre de 2009, en la “audiencia de revisión de asignación de riesgos” los inscritos en el registro dejaron constancia de su inconformidad con el tratamiento dado por la Comisión Nacional de Televisión respecto de la i) participación de los concesionarios Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. como proponentes; ii) asignación inadecuada de los riesgos por falta de cuantificación; iii) discriminación frente a los dos canales asignados, por diferencias injustificadas en la valoración del tercer canal, en la propuesta de distribución de los riegos y en la asignación del nuevo canal en frecuencias indefinidas de UHF y no en VHF, como las tienen asignadas los operadores establecidos –“incumbentes”- en el mercado que deberá disputar el operador entrante; iv) indefinición de las reglas sobre acceso a la infraestructura de los canales públicos, determinantes para decidir si las obligaciones del nuevo operador deben cumplirse con la construcción de infraestructura propia o compartiendo la existente y v) excesiva exigencia en la programación de contenidos de producción nacional y cupo de crédito. En el transcurso de la audiencia la entidad pública decidió que los operadores actuales podrían participar como proponentes a condición de que, para ser adjudicatarios, renuncien a las concesiones vigentes –fls. 4 a 85, c.prb. 6-. Y mediante comunicación del 9 de noviembre siguiente, respondió a las observaciones y demás cuestionamientos de los interesados –fls. 188 a 209, c.prb. 6-.

El día siguiente, esto es el 10 de noviembre de 2009, la Procuraduría General de la Nación solicitó a la Comisión Nacional de Televisión, con la comunicación n.º 330443 de esa fecha, i)

aplicar el artículo 56 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996, en el sentido de no permitir que los concesionarios actuales “renuncien a sus concesiones a efectos de ser adjudicatario o concesionarios del tercer canal de televisión, toda vez que ello implicaría interrumpir la prestación de un servicio público dejándolo desatendido, vulnerando principios de orden constitucional”, además de echar de menos el análisis de riesgos y consecuencias de la irrevocabilidad de la oferta, frente al posible escenario de que el concesionario no pueda renunciar a la concesión de la que es titular y no sea posible concluir exitosamente el proceso licitatorio; ii) precisar el alcance del concepto de “sostenibilidad del sector y el mantenimiento y expansión de la red pública de transmisión”, previsto en el pliego de condiciones, con el fin de determinar “si incluye el fortalecimiento de los operadores públicos, en los términos del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995”; iii) cumplir el principio de transparencia, informando de qué manera las reglas previstas en el pliego de condiciones para la subasta permiten cumplir los mandatos legales de maximizar los ingresos por la concesión a subastar, promover la competencia en el servicio público de televisión y ampliar la posibilidad de elección que les asiste a los consumidores; iv) definir las frecuencias que utilizará el tercer canal y lo relativo a la posibilidad de migración a la red digital, con la consideración de los respectivos costos, dada la falta de certidumbre de que adolecen los pliegos de condiciones en la materia; vi) actualizar el precio base de la concesión y establecer un método adecuado para “calcular el valor exacto del ajuste en caso de que este se produzca, ya que el valor a ajustar será producto directamente proporcional al valor de la INPTV”; vii) definir los toques y las fechas para la inversión exigida, conforme con el plan de expansión de cobertura de la red analógica; viii) determinar la forma de cálculo y verificación del cumplimiento de la obligación de alcanzar un 33% de cubrimiento con la red analógica y las consecuencias económicas para el incumplimiento y ix) estudiar la posibilidad de que “la subasta sea la forma de selección del concesionario del tercer canal” –fls. 721 a 736, c. prb. 2-.

En la misma fecha, 10 de noviembre, los inscritos en el registro reiteraron, en la audiencia de aclaraciones al pliego de condiciones, las observaciones expuestas en la etapa de asignación de riesgos. Particularmente, la falta de transparencia en las reglas para la participación de los operadores actuales en la licitación, asignación de las frecuencias VHF, acceso a las redes existentes, así como en la valoración del tercer canal por considerar que, además de no tener en cuenta las recomendaciones del consultor Carrasquilla, se conocía que la Comisión estaba considerando la posibilidad de que, con posterioridad a la adjudicación, se cambiaran las frecuencias de UHF a VHF, utilizando el canal 13 asignado al operador público Teveandina, para lo cual era necesario la reasignación de este último con unos costos del orden de \$30.000.000.000, a pesar de que la señora Ministra se había pronunciado previamente sobre la ilegalidad de no incluir ese valor en la licencia del operador del tercer canal. Asimismo, los interesados insistieron en la necesidad de que la demandada aclarara la aplicación del principio de reciprocidad, en lo que tiene que ver con el porcentaje máximo de participación que pueden tener los inversionistas extranjeros en la sociedad adjudicataria del nuevo canal, definiera lo relativo al acceso a la infraestructura y se pronunciara sobre las observaciones y requerimientos que sobre esos mismos aspectos hizo la Procuraduría General de la Nación –fls. 237 a 288, c. prb. 6-.

El 17 de noviembre de 2009, la Comisión Nacional de Televisión modificó el cronograma de la licitación pública señalando el 10 de diciembre de 2009 y el 1 de febrero de 2010 como fechas de audiencias de cierre de la licitación, de apertura de los sobres y de adjudicación de la concesión –fls. 646 y 647, c. prb. 6-.

El 27 de noviembre de 2009, con comunicación radicada en la Comisión Nacional de Televisión bajo el n.º 2009-370-024617-2, la Procuraduría General de la Nación i) manifestó su preocupación por las quejas de los interesados relativas a irregularidades en la estimación y cuantificación de los riesgos previsibles y le solicitó informar al respecto, “en especial atención a que podríamos estar frente a riesgos previsibles que no deben ser imputados a la CNTV”; ii) la requirió para que “de manera clara y transparente” se pronuncie sobre los planteamientos del órgano de control y de los interesados en torno a la aplicación del principio de reciprocidad; iii) le expresó la necesidad de decidir lo relativo al acceso de la red de Radio Televisión Nacional de Colombia-RTVC para el tercer canal, dado que la incertidumbre en este aspecto afectaba la confianza de los potenciales proponentes; iv) advirtió falta de claridad en los motivos por los cuales el gerente de RTVC “...se va a reunir con los representantes de los potenciales oferentes de manera individual para 'negociar las tarifas', dado que éstas deben ser el resultado de un estudio juicioso de la administración en pro de la conveniencia estatal” y le notificó que “encuentra alarmante que a tan pocos días del cierre de la licitación pública... los posibles oferentes no tengan determinado con claridad el valor que podrían pagar por el arriendo de la red, siendo que este rubro incide en el valor mínimo de la concesión” y v) conminó a la demandada para que se pronuncie sobre el control de advertencia, formulado por el Contralor General de la República, sobre aspectos que podrían afectar el patrimonio público, relativos a “que el precio base es inferior al que debió asignarse dado que fue indebidamente determinado; que el tercer canal debe adjudicarse por el mecanismo de subasta; que entregar la frecuencia del canal 13 actualmente en manos de TV Andina, al nuevo canal, generaría daños en el patrimonio público”, además de lo que tiene que ver con la indebida identificación y cuantificación de los riesgos previsibles y la previsión de mecanismos eficaces para que el Estado recupere “el recaudo pendiente por el valor del contrato”, en caso de que el concesionario renuncie para ser adjudicatario del nuevo canal –fls. 733 a 736, c. prb. 2-.

El 2 de diciembre de 2009, la demandada expidió la Adenda n.º 2 para modificar el pliego de condiciones en lo relacionado con las ofertas económicas, el precio de la concesión, el orden de elegibilidad, el informe de verificación y evaluación, el cupo de crédito exigido, las reglas de participación de la inversión extranjera, la programación de producción nacional, las reglas de desempate, la oferta del único proponente habilitado, la audiencia de subasta presencial y adjudicación, la renuncia a otras concesiones y el pago del precio –fls. 648 787, c. prb. 6-.

El día siguiente, mediante la resolución n.º 2009-330-001369-4 la Comisión Nacional de Televisión decidió suspender, hasta el 16 de diciembre, la licitación pública n.º 001 de 2009 con el fin de atender i) el “control de advertencia de la Contraloría General de la República” formulado el 24 de noviembre, ii) las observaciones efectuadas el 10 de noviembre por la Procuraduría General de la Nación y iii) el requerimiento que esta última le formuló para que se pronunciara sobre los reparos de la Contraloría –fls. 742 a 744, c. prb. 6-.

El 17 de diciembre de 2009, el Director de la Comisión Nacional de Televisión expidió la resolución n.º 2009-380-01419-4 para suspender nuevamente la licitación pública n.º 001 de 2009, esta vez hasta el 7 de enero de siguiente, dada la necesidad de modificar el pliego de condiciones para atender las observaciones de los organismos de control –fls. 745 a 747, c. prb. 6-.

En la misma fecha, esto es el 7 de diciembre, la Comisión Nacional de Televisión expidió la adenda n.º 3 para modificar nuevamente i) el cronograma, fijando la audiencia de cierre de la licitación y de apertura de sobres para el día el “12 de enero de 2009” y la adjudicación para el

26 de febrero de 2010 y ii) las reglas relativas al precio base de la concesión y la oferta para el proponente habilitado único –fls. 708 a 741, c.prb. 6-.

El 7 de enero de 2010, la Procuraduría General de la Nación recomendó a la Comisión Nacional de Televisión revocar el acto de apertura de la licitación pública n.º 001 de 2009, por las razones expuestas en la comunicación n.º 330443 del 10 de noviembre anterior, atrás citada –fl. 748, c. prb. 6-.

En la misma fecha, 7 de enero, la entidad licitante expidió la resolución n.º 2010-380-000004-4 para revocar la resolución n.º 1210 de 2009, fundada en las siguientes razones:

Que el 7 de enero de 2010 la Procuraduría General de la Nación, mediante comunicación 330443/09, señaló que (...) “encuentra pertinente, en ejercicio de las funciones preventivas, especialmente de las consagradas en el numeral 37 del artículo 7 y numeral 3 del artículo 24 del Decreto 262 de 2000, recomendar la revocatoria del acto de apertura de la licitación (...)”, por las razones que están consagradas en dicha comunicación;

Que adicionalmente en la misma fecha, en rueda de prensa dada en la Procuraduría General de la Nación, la señora Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública manifestó, tal como consta en la grabación de dicha rueda de prensa publicada en la página web de esa institución, que: “(...) pese a que se trata de una recomendación por parte del Procurador para que se revoque el acto de apertura de la licitación, para nosotros en palabras sencillas y prácticas el proceso ha muerto, ya quedó en unas circunstancias que impiden su continuidad, no se trata ni siquiera de un proceso en estado moribundo o en estado de coma, para la Procuraduría General de la Nación este proceso ha finalizado, diferente es que la Comisión Nacional de Televisión considere que nuestra recomendación de revocatoria no es válida y decidan apartarse de la misma, esa circunstancia considero yo, podría eventualmente dar lugar al inicio de investigaciones disciplinarias (...)” y que “(...) la adjudicación pese a las recomendaciones que nosotros hemos efectuado, consumaría la afectación del patrimonio económico”.

Que igualmente la Contraloría General de la República mediante oficios 20093700244602 y 20093700268602, en desarrollo de la función de control de advertencia, hizo algunas objeciones de carácter financiero al proceso, las cuales hizo suyas la Procuraduría General de la Nación, en la comunicación dirigida a la CNTV en el día de hoy;

Que el artículo 7 del Decreto 262 de 2000 establece: “FUNCIONES: El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: (...) 37. Solicitar la suspensión de actuaciones administrativas o la revocatoria de los actos administrativos a ellas referentes en defensa del orden jurídico o del patrimonio público.

Que la Comisión Nacional de Televisión no comparte la fundamentación aducida por la Procuraduría General de la Nación, por las razones expresadas en comunicación enviada al Señor Procurador General en la fecha, así como en las observaciones al proceso, y es de la opinión de que la eventual adjudicación de la Licitación No. 001 de 2009 no implicaría ningún tipo de afectación del patrimonio público;

Que no obstante que, como se ha dicho, la Comisión Nacional de Televisión no comparte la posición de la Procuraduría General de la Nación, considera que los juicios de valor sobre la defensa del orden jurídico o del patrimonio público, cuando ellos son emitidos por quien representa el Ministerio Público, prevalecen sobre las argumentaciones que sobre los mismos aspectos hagan las entidades vigiladas, y que, la solicitud de la Procuraduría en este sentido, da

lugar a la revocatoria del acto de apertura de la Licitación No. 001 de 2009;

Que habida cuenta de lo anterior, en sesión de la fecha, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, tal como consta en el acta No. 1578, decidió acoger la solicitud de la Procuraduría General de la Nación, y en consecuencia, ordenar la revocatoria del acto administrativo por el cual se ordenó la apertura de la Licitación No. 001 de 2009 –fls. 748 a 750, c. prb. 6-.

Se sabe además, porque así lo manifestó la entidad demanda a lo largo del proceso y consta en actas allegadas con la contestación de la demanda, que, antes de la revocatoria de que se trata, las sociedades Inversiones Rendiles S.A y Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A, manifestaron su decisión de retirarse del proceso licitatorio n.º 001 de 2009, aduciendo falta de transparencia y seguridad en las reglas a las que el mismo estaba sometido.

En abril de 2010, el contratista Andrés Escobar entregó a la Comisión Nacional de Televisión un informe sobre “actualización de supuestos de modelo financiero y cuantificación de riesgos” para la concesión del tercer canal de televisión. Según consta en ese documento, el precio base se actualizó aplicando las variables de cálculo identificadas en el estudio del experto Alberto Carrasquilla y además se tuvo en cuenta “los cambios que supone la asignación de una frecuencia en VHF, que antes estaba en UHF” –fls. 498 a 519, c. prb. 4.

El 9 de abril de 2010, con la comunicación n.º 20103400141491, la Comisión Nacional de Televisión informó a la Cámara de Comercio sobre la apertura de la Licitación Pública n.º 002 de ese año, para “la adjudicación del Contrato de Concesión para la Operación y Explotación de un Tercer Canal de Operación Privada...”.

El día 16 siguiente, la demandada publicó un aviso convocando a las personas que “se encuentren debidamente calificadas, clasificadas e inscritas en el RUO para aspirar a ser Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel Cubrimiento Nacional” y señalando que “el 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 Ley 182 de 1995, así como con lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de octubre de 2009 (Radicado 1966), y se adjudicará mediante el mecanismo de subasta de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009”. En la misma fecha publicó el proyecto de pliego de condiciones –fls. 20 y 165, c. prb. 1-.

Entre el 22 y 30 de abril de 2010, Control Ciudadano TV, Caracol Televisión S.A., RCN Televisión S.A., Canal 3 Televisión de Colombia S.A., Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A. e Inversiones Rendiles S.A., presentaron observaciones y sugerencias al proyecto de pliego de condiciones, reiterando los cuestionamientos en lo que tiene que ver con la falta de transparencia en las reglas para i) la valoración de la licencia, ii) la asignación y estimación de los riesgos; iii) la reasignación al tercer canal de las frecuencias en VHF del canal 13 operado por TV Andina, iv) el acceso a las redes públicas, v) el contenido de la programación, vi) la participación de los actuales concesionarios en la licitación y vii) la aplicación del principio de reciprocidad. Asimismo, pusieron de presente la renuencia por parte de la licitante a cumplir los deberes de garantizar la pluralidad en el acceso a la prestación del servicio y de maximizar los ingresos para el fondo estatal de la televisión, en cuanto se negó a reabrir el proceso desde la inscripción en el registro para promover la mayor concurrencia e introdujo unos topes máximos que limitaban injustificadamente el precio final al que se adjudicaría el canal, además de que, sin

criterio conocido, circunscribió la subasta a tres rondas y previó la adjudicación mediante este mecanismo a un único oferente. En el documento, sin fecha, denominado “Respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública No. 002 de 2010, para la operación y explotación de un tercer canal de televisión y operación privada de cubrimiento nacional” la Comisión Nacional de Televisión relacionó las observaciones recibidas y su pronunciamiento, sin que esta actuación diera lugar a modificaciones sustanciales del pliego de condiciones final –fls. 171 a 614, c. prb. 1-.

El 7 de mayo de 2010, la Comisión Nacional de Televisión expidió la resolución n.º 2010-380-000481-4 para ordenar la apertura de la licitación pública n.º 002 de 2010 “la cual tiene por objeto la Concesión para la Operación y Explotación de un Tercer Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional”; adoptar el cronograma; disponer la publicación del pliego de condiciones, los estudios y demás documentos del proceso e integrar el Comité evaluador y asesor –fls. 615 a 718, c. prb. 1-.

El 10 y 14 de mayo, se llevó a cabo la “audiencia de riesgos” en la licitación pública n.º 002 de 2010, pese a que los interesados cuestionaron la validez de esa actuación fundados en que no podía ser presidida por el ex Comisionado Juan Andrés Carreño, en cuanto había cesado sus funciones el día ocho anterior, por vencimiento del periodo fijo para el cual había sido designado como miembro el órgano rector de la televisión –fls. 754 y ss. c. prb.1-.

El 12 de mayo siguiente, la entidad licitante expidió la adenda n.º 1 para modificar el pliego de condiciones, en lo que tiene que ver con el cronograma de la licitación y la estimación, tipificación y asignación de riesgos –fls. 719 a 751, c. prb. 1-.

En la misma fecha, 12 de mayo, la Comisión Nacional de Televisión expidió la resolución n.º 2010-380-000510-4 para dejar sin efectos la audiencia de riesgos, fundada en los reparos de ilegalidad que los interesados y la Procuraduría General de la Nación formularon por haber sido presidida al margen de las reglas sobre competencia para el ejercicio de la función pública –fls. 754 a 740, c. prb. 1-.

El 19 de mayo de 2010, la demandada publicó nuevamente la adenda n.º 1 sobre modificación del cronograma de la licitación y la estimación, tipificación y asignación de riesgos –fls. 741 a 753, c. prb. 1-.

En la “audiencia de asignación de riesgos de la licitación pública n.º 002 de 2010”, del 24 de mayo siguiente, Control Ciudadano TV, Caracol Televisión S.A., RCN Televisión S.A., Canal 3 Televisión de Colombia S.A., Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A. e Inversiones Rendiles S.A., además de expresar inconformidad por la ausencia de cuantificación de riesgos, la intención apresurada del Gobierno Nacional de adjudicar el tercer canal ante el inminente vencimiento del periodo presidencial el 6 de agosto siguiente y la debilidad institucional de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, por la finalización del periodo fijo de dos de sus cinco comisionados, reiteraron las observaciones ya efectuadas a la licitante sobre la falta de transparencia en las reglas e incumplimiento de los deberes de promoción de la libre competencia y de maximización de los ingresos por la subasta del tercer canal –fls. 1 a 274, c. prb. 2-. Cuestionamientos sobre los que volvieron los interesados en la “audiencia de aclaración del pliego de condiciones de la licitación pública n.º 002 de 2010”, del 31 de mayo y 2 de junio siguientes –fls. 275 a 350-, c. prb. 2-. La entidad dio respuesta a las observaciones, sin que esta actuación diera lugar a modificaciones sustanciales en el pliego de condiciones –fls. 351 a 408, c. prb. 2-.

El 17 de junio de 2010, la demandada expidió la adenda n.º 2 para modificar el cronograma, fijando para el día 22 siguiente la audiencia de cierre de la licitación y de apertura de sobres y el 27 de julio como fecha de la “audiencia de subasta presencial y adjudicación” –fls. 409 y 410, c. prb. 2-.

Asimismo, el 17 de junio, la entidad expidió la resolución n.º 2010-380-000617-4 para suspender la licitación hasta el día 21 siguiente, con el fin de “estudiar el contenido del concepto emitido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil del Consejo de Estado”, con radicación n.º 1966 del 5 de octubre de 2009, “cuya reserva legal (...) fue levantada por el Ministerio de Comunicaciones, lo que permitió que fuera conocido por la Comisión Nacional de Televisión” –fls. 411 a 413, c. prb. 2-.

El 22 de junio de 2010, con la comunicación 2010-370-013410-2, la Procuraduría General de la Nación presentó a la Comisión Nacional de Televisión un “estudio de la ampliación del Concepto No. 1966 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado-Tercer Canal”, pronunciándose el ministerio público en el sentido de que i) “la normatividad establece en forma expresa la posibilidad de adjudicar la licitación a un único oferente” y ii) esto último “no implica la obtención de la oferta menos favorable ni necesariamente detrimento patrimonial”.

Aquí las conclusiones del estudio presentado por el órgano de control:

CONCLUSIONES

En concordancia con el criterio expuesto por este órgano de control en la comunicación del 7 de enero de 2010, dirigida a la CNTV, mediante la cual se recomendó la revocatoria del acto de apertura de la Licitación Pública 001 de 209, consistente en que es válida la adjudicación a un único proponente siempre que se garantice o promueva la pluralidad de oferentes, aspecto que en esa oportunidad no se observó, encuentra esta Delegada que aplicado el anterior criterio al proceso de selección 02 de 2010, se satisfacen las condiciones para que la Comisión, una vez verificadas las demás exigencias para el proceso de adjudicación, pueda continuar el mismo, aun cuando se presente una sola propuesta, dado que se vislumbra que se superaron los reparos de orden técnico y económico observados por este órgano de control.

Igualmente, la sugerencia de revocatoria emitida el 7 de enero de 2010, se fundamentó, entre otros aspectos, en la competencia del Procurador General de la Nación prevista en el numeral 37 del artículo 7 y del numeral 3 del artículo 24 del Decreto 262 de 2000, en defensa del orden jurídico y del patrimonio estatal, habida cuenta que el precio base se fijó en un monto que a juicio de la Procuraduría iba en detrimento del erario público, mientras que en esta oportunidad fue fijado en un valor ostensiblemente superior, vale decir la suma de \$103.409.000.000 que podría incrementarse en un 10% más frente a una única propuesta y en ese sentido, no resulta lesivo para los intereses que defiende la Procuraduría General de la Nación, toda vez que cumple el objetivo de maximización de recursos el cual corresponde armonizar con los principios de la contratación estatal, según los cuales la Administración está en el deber de lograr la libre concurrencia, pero si agotados todos los medios a su alcance para su promoción, los posibles oferentes renuncian de manera voluntaria a la posibilidad de participar en el proceso de selección, goza de la facultad de darle aplicación al artículo 90 del Decreto 2474 de 1990 –fls. 737 a 747, c. prb. 2-.

El mismo día, 22 de junio, la entidad licitante expidió la adenda n.º 3 para fijar el día siguiente como fecha de la audiencia de cierre de la licitación y de apertura de sobres y modificar “el lapso

máximo de antelación en la expedición de algunos documentos que deben aportarse con la propuesta” –fls. 414 a 416, c. prb. 2-.

En la “audiencia de cierre de la licitación y apertura del sobre N.º 1” del 23 de julio, se presentó la sociedad Canal 3 de Televisión de Colombia S.A –grupo Planeta-, como único proponente. De conformidad con el informe rendido, “...luego de un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los puntos descritos, tal como se desprende de las actas correspondientes, el Comité Asesor y Evaluador de manera unánime considera al Proponente Canal 3 Televisión de Colombia S.A. como HABILITADO. En la oportunidad prevista en el Pliego de Condiciones, y luego de surtido el procedimiento previsto en éste, el Comité Asesor y Evaluador dará a conocer el Informe Final de Verificación Evaluación” –fls. 417 a 497, c. prb. 2-.

El 2 de agosto de 2010, la Comisión Nacional de Televisión expidió la Resolución n.º 760-4, para suspender la licitación pública n.º 002 de 2010, “hasta el día hábil siguiente al que se notifique a la CNTV del auto que resuelva los recursos de reposición interpuestos contra los artículos primero y octavo del auto proferido por la sección tercera del Consejo de Estado el día 19 de julio de 2010, en el expediente 38.924” –fls. 1.554 y 1.555, c.p-.

Valorados en conjunto, los elementos probatorios que se han traído a recuento ofrecen certeza a la Sala sobre las ostensibles violaciones de los principios de planeación, transparencia, libre competencia y de eficiencia en que incurrió la Comisión Nacional de Televisión, en contra de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, como pasa a estudiarse.

La entidad demandada no se sujetó a los fines estatales de la concesión y del servicio público de televisión

Aduce el actor popular que durante el proceso licitatorio adelantado para autorizar la operación y explotación comercial del tercer canal, la entidad demandada i) omitió expedir reglas claras para definir aspectos relevantes de la prestación del servicio en condiciones de libre competencia; ii) valoró inadecuadamente la concesión, a partir de unos estudios errados, tan es así que debió introducir múltiples ajustes al precio base, además de que no tuvo en cuenta los precios fijados para otros operadores y demás elementos del mercado existente y iii) estimó y asignó los riesgos en condiciones que no se acompañan con las del mercado, otorgando privilegios injustificados al nuevo operador, en contra de las condiciones de igualdad necesarias para garantizar la libre competencia y el pluralismo informativo por los que debe propender el servicio público de televisión, para cumplir los fines estatales atribuidos a su prestación. Al punto que la reticencia a corregir el trato discriminatorio y la falta de claridad en la definición de estos aspectos habría propiciado el retiro de dos de los interesados y favorecido a la sociedad Canal 3 de Colombia S.A., como proponente único.

Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión funda su defensa en que i) le asiste autonomía para definir el valor y las demás condiciones de la licitación y la concesión; ii) la valoración del precio base de la concesión se funda en los estudios técnicos realizados por las firmas contratadas, que dan cuenta de los elementos tomados en cuenta para el efecto; iii) asimismo, efectuó la asignación y valoración de los riesgos en la forma como está señalado en los estudios técnicos contratados y en las actas de las audiencias llevadas a cabo con ese fin. Al tiempo que niega la violación o amenaza de los derechos colectivos, destacando la coincidencia entre el amparo perseguido por el actor popular y la estrategia desinformativa que habrían adoptado las sociedades RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A. para impedir la entrada de un nuevo competidor y así mantener la rentabilidad del negocio que ostentan, gracias a la limitada oferta

del servicio que concentra el 67% de audiencia, el 90% de la pauta de televisión y más del 52% de pauta total de publicidad del país.

Los hechos reseñados y los elementos probatorios allegados al proceso dan cuenta de que, de cara al otorgamiento de la concesión del espectro para la prestación del servicio de televisión nacional, la entidad demandada i) contrató un estudio tendiente a estimar un precio base del objeto, sujetándolo a unas condiciones que permitan a los operadores privados mantener la exclusividad del mercado, esto es otorgándoles el privilegio de que durante periodo de tiempo determinado la Comisión Nacional de Televisión renunciará al deber legal de asignar el espectro a nuevos operadores, además de que, como lo señala el informe final del estudio, a pesar de que el precio base se estimó a partir del comportamiento de los ingresos por la comercialización en la pauta publicitaria, no se utilizó la información histórica en esa materia, porque no se puede conocer o tener acceso a ella; ii) decidió que el contrato de concesión sería conmutativo, con la finalidad de garantizar al operador unas condiciones de mercado que le permitieran detentar el 33% del total de la pauta publicitaria, en competencia con los dos operadores existentes y la obligación de indemnizarlo en caso de que las proyecciones, consideradas en la estimación del precio base con información sin verificar, no se cumplan o la entrada de nuevos operadores le impidan mantener el referido porcentaje de la clientela; iii) se limitó a regular la prestación del servicio a través de contratos de concesión celebrados con cada uno de los operadores privados, esto es sin establecer reglas generales que rijan en igualdad de condiciones sobre aspectos determinantes del mercado, como la entrada de nuevos operadores en condiciones objetivas de necesidad del servicio, acceso a las redes, contenidos mínimos de programación o calidad del servicio, protección de la libre competencia, etc.; iv) estableció plazos restrictivos para que los interesados pudieran inscribirse en el registro único de operadores del servicio de televisión; v) introdujo mecanismos que limitan la formación dinámica del precio, además de que impidió que el precio se formara por la libre interacción con el único oferente, de cara a la maximización de los ingresos estatales por la asignación del espectro electromagnético, vi) una vez iniciado el proceso licitatorio decidió disponer del canal 13 asignado al operador público Teveandina para reasignárselo al operador privado, en condiciones que le merecieron graves reproches de faltas a la transparencia por parte de los interesados y los organismos de control y vii) permitió que exfuncionarios de la entidad continuaran dirigiendo el proceso, generando en los interesados graves dudas sobre los fines legítimos del proceso.

En ese orden, la Sala deberá ocuparse del análisis de las referidas actuaciones a la luz de los principios que rigen la prestación del servicio público de televisión, las condiciones del mercado, el cumplimiento de los deberes a cargo de la entidad demanda de cara a la planeación, incluida la regulación del servicio y de las condiciones objetivas para la entrada de nuevos operadores, con el fin de establecer si la valoración, en especial la determinación del precio final, la estimación y asignación de los riesgos de la concesión y la definición de los demás aspectos relevantes para la prestación del servicio se sujetó a los fines estatales o si, por el contrario, fueron desatendidos propiciando el privilegio injustificado de los intereses particulares. Aspecto este último contrario a la moralidad administrativa y que amenaza o pone en riesgo la defensa del patrimonio público.

El privilegio de la exclusividad del mercado, en cuanto no autorizado legalmente, contraría los fines y principios rectores del servicio público de televisión

Conforme da cuenta el informe final de la consultoría contratada por la demandada para la valoración de la prórroga de las concesiones y el precio base del tercer canal, uno de los supuestos, tanto para la valoración del objeto como la estimación y asignación de los riesgos,

tuvo que ver con las condiciones de entrada de futuros operadores de televisión abierta nacional se destaca-, “**centrándose en la posibilidad de pactar la exclusividad de los actuales operadores y los nuevos entrantes, o mejor la limitación del número de oferentes por un periodo determinado**, y la viabilidad, riesgos y ventajas de establecer un componente variable como parte de la contraprestación” –págs. 10 y 11 del informe final-.

Se sabe además, porque así está consignado en el informe referido, que el precio base se estimó suponiendo que el tercer operador podría cautivar hasta un 33% del total de los ingresos por la comercialización de la pauta publicitaria. Y se conoce, también, que la demandada se obligaba a mantener esas “condiciones de mercado” al nuevo concesionario, en tanto el pliego de condiciones señala que el estudio realizado por la consultoría sería parte integrante del contrato a celebrar, con el fin de dar cuenta de las condiciones de mercado en que entraría el nuevo competidor, que la entidad demandada se obligaba a mantener y por las cuales debería dejarlo indemne, en caso de no cumplirse las proyecciones o de entrar nuevos operadores que afectaran los supuestos de la estimación del precio base.

Los artículos 75, 333 y 334 constitucionales sujetan el uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión a la igualdad de condiciones en el acceso, a la libre competencia y al pluralismo informativo. Disposiciones que le ordenan al Estado intervenir para garantizar su eficacia y evitar las prácticas monopolísticas.

La libre competencia, en tanto expresión de la libertad económica

, debe ser protegida mediante la intervención del Estado, orientada a impedir que se obstruya o se restrinja y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, como lo exige el artículo 334 constitucional. Por cuyas disposiciones, además, se reservó a la ley la limitación de las libertades de que se trata, por razones que tienen que ver con la prevalencia del interés social, ambiental y el patrimonio cultural; casos en los cuales la ley debe definir los fines, alcances y los límites a la libertad económica, como lo exige el artículo 150.21 ibídem.

En este mismo sentido, ha señalado la Corte Constitucional que la ley sólo puede limitar la libertad económica “cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.

De donde las limitaciones a la libre competencia vienen contrarias al ordenamiento superior y, por tanto, ajenas a los fines estatales cuando i) son dispuestas mediante decisiones administrativas sin fundamento en la ley o ii) esta última las dispone sin sujeción a las exigencias de los intereses generales, en los casos en que están autorizadas desde la Carta.

En ese orden, huelga concluir que la Constitución Política erigió la libre competencia en un principio estructural de Estado social de derecho, ajeno a la discrecionalidad de la administración y necesario para la protección del interés general que va envuelto en la satisfacción de las necesidades sociales, con bienes y servicios de la mejor calidad y al menor precio.

En este sentido, lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional –se destaca-:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el

mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado

Asimismo, la Sala encuentra en la libre competencia económica un sustento determinante del pluralismo informativo, en cuanto la diversidad de los prestadores ofrece al usuario mayores oportunidades y opciones en materia de acceso a la información, necesaria para la vida social, cultural, económica y democrática.

Descendiendo en la jerarquía del ordenamiento, la Ley 182 de 1995 asigna la titularidad y reserva al Estado el servicio público de televisión, empero, no limita ni autoriza que se limite la libre competencia en la prestación. Por el contrario, si bien la ley reconoce que la prestación del servicio está sujeta a la disponibilidad del espectro electromagnético, exige que la concesión para el acceso a este bien, la operación y explotación de los medios masivos de televisión y la prestación del servicio, mediante contrato o licencia, se sujete a los principios de eficiencia, libre y leal competencia, pluralismo informativo y control de las prácticas monopolísticas, cualquiera sea el concesionario –arts. 1º, 4º, 17, 29 y 37-.

Asimismo, el segmento del servicio público de televisión **nacional de operación privada, objeto de la concesión de que se trata, está definido legalmente como –se destaca- “alternativa... para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional” –arts. 20 y 22-.**

En línea con estos postulados, la Ley 182 de 1995 exigía a la Comisión Nacional de Televisión ejercer la titularidad, reserva e intervención del servicio público de televisión con los fines de garantizar y proteger el pluralismo informativo, la competencia, la eficiencia y de evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley –arts. 4º y 23-. Para lo cual, debía definir las condiciones de entrada y salida de los operadores del servicio de la televisión como las relativas al registro único de las personas interesadas en la concesión y de la disponibilidad de las frecuencias, al otorgamiento de las concesiones y la renuncia a las concesiones, además de investigar y sancionar las prácticas, actividades o arreglos contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio.

También, la Ley 335 de 1996 reitera la obligatoriedad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético, presupuesto básico de la libre competencia y el pluralismo informativo –art. 22-.

Por su parte, las disposiciones del artículo 72 de la Ley 1341 de 2000– profundizan en la eficacia de la libre competencia por la entrada al mercado, en tanto previeron la promoción de la competencia de interesados para la asignación transparente de las frecuencias y la formación del precio mediante la interacción de la oferta y la demanda, en condiciones competitivas que permitan maximizar los ingresos estatales por la concesión.

En este sentido la Sala Plena de esta Corporación precisó, al decidir el control de legalidad al que fue sometido el numeral 4.11 del pliego de condiciones del mismo proceso licitatorio de que trata la acción popular por la que se proced –se destaca-:

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 tanpreciado, 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 (...).

1.6.- 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 200, que implica irremediablemente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación tal como pasa a explicarse.

A partir de estas razones la Sala Plena encontró abiertamente ilegal y declaró la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones del proceso licitatorio para la concesión del tercer canal, en cuanto sus disposiciones permitían la adjudicación, sin sujeción a la libre concurrencia que debe propiciar la transparencia en la asignación de las frecuencias y maximizar los ingresos por la concesión.

Ahora bien; en tanto la Ley 182 de 1995 circunscribió el alcance de la concesión estrictamente al acto jurídico de autorización individual para usar el espectro electromagnético y operar o explotar el servicio, no resulta posible extender el ámbito de la autorización al otorgamiento de la exclusividad del mercado, pues, en tanto este privilegio obstruye o restringe la libertad y competencia económicas en la prestación del servicio de televisión, debe estar expresamente autorizada por la ley, como lo exigen los artículos 150.21 y 334 constitucionales.

Llama la atención de la Sala que, por ejemplo, para la prestación de otros servicios públicos, como los domiciliarios, invocando razones de interés social, la ley autorizó la concesión con exclusividad, esto es que ningún prestador distinto del concesionario pueda ofrecer los mismos servicios en un área y durante un tiempo determinados, específicamente acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental y distribución domiciliaria de gas combustible por red y de energía eléctrica, sin permitir ese privilegio para los demás servicios que regula la Ley 142 de 1994, como los de telefonía y actividades relacionadas con el suministro de gas y electricidad. Además de que la ley también autorizó la concesión sin exclusividad, para las actividades del sector eléctrico –Ley 143/94, arts. 55 y ss-.

Estando sometida la prestación de los servicios públicos, incluido el de televisión, a los principios de libertad y competencia económicas, el otorgamiento de la exclusividad del mercado, en tanto las restringe u obstruye, debe estar autorizada por la ley, al tenor de las disposiciones de los artículos 150.21 y 334 constitucionales; máxime, cuando a la eficacia de estos principios están vinculados otros fines estatales como el pluralismo informativo, la transparencia y la maximización de los ingresos estatales por la asignación de las frecuencias y la operación y explotación del servicio.

En este sentido, la Sección Tercera de esta Corporación ha concluido que son contrarias al ordenamiento las decisiones administrativas que conceden el privilegio de la exclusividad en la

prestación, por fuera de los límites o sin autorización legal, siempre que se trate de servicios públicos sujetos a los principios de libertad y competencia económica.

En efecto, así lo señaló la Sección. Se trataba de amparar los derechos colectivos de la libertad de competencia y empresa, vulnerados mediante la suscripción de un contrato de concesión que extendía la exclusividad a actividades para las cuales el legislador no autoriza el privilegio:

El régimen económico ocupó para el constituyente del año de 1991 un especial interés, al punto que los estudiosos del derecho económico, poco tiempo después de expedida la nueva Carta Política, no dudaron en aplicar en este tema la construcción germánica de las constituciones temáticas y hablar entonces de “Constitución Económica”, en el marco de una economía social de mercado.

La **Constitución Económica** está integrada no solo por las disposiciones previstas en el título XII (arts. 332 a 373), sino por todos aquellos preceptos que sin importar su ubicación (parte dogmática o parte orgánica) constituyan cláusulas constitucionales que tienen incidencia en materia económica, comenzando por la redefinición del mismo modelo de Estado Social de Derecho.

Uno de los principios fundamentales del derecho constitucional económico en Colombia lo constituye la **libertad económica**, también denominada en el siglo XIX **libertad de comercio y de industri**, entendida como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economí.

Se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido que se aprecia, por una parte, en la **libertad de empresa** que constituye nada menos que “el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella” y de otra, en la **libertad de competencia**, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado

La **libertad de empresa** despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades: i) la libertad de inversión que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) la libertad de organización o creación de empresas que es la potestad para ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de “emprender” actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) libertad de acceso al mercado también conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación “libertad de empresa” en el artículo 10 de la ley 142; y iv) la libertad de contratación o libertad negocial que supone la facultad de elegir proveedores y clientes.

A su vez, la **libertad de competencia económica** supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anticoncurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla.

En definitiva, se trata de **dos dimensiones de un mismo derecho**: la libertad económica en sentido amplio o lato sensu que las engloba. Ese es justamente el tratamiento normativo que le da la Constitución en distintos preceptos. En efecto, el artículo 333 prescribe:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.

Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos o 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.” (subrayas fuera de texto)

Nótese que la Constitución en el artículo transcrito trata conjunta y simultáneamente las dos perspectivas de la libertad económica: los incisos 1º y 3º aluden a la libertad de empresa, al paso que el inciso 2º refiere a la libertad de competencia. Al mismo tiempo, dicha preceptiva alude genéricamente a la libertad económica como género en los incisos 1º, 3º y 4º, al establecerla como derecho, al señalar que existe una “reserva de ley” para su protección y delimitación.

Mientras que el artículo 334 Superior al asignar la dirección general de la economía al Estado dispone que éste intervendrá por mandato de la actividad económica en el mercado, esto es, en el escenario donde se despliega en toda su amplitud la libertad económica tanto en su faceta de libertad de empresa, como en su perspectiva de libertad de competencia.

De otro lado, el numeral 21 del artículo 150 eiusdem al prever las leyes de intervención económica, alude una vez más al género libertad económica y por lo mismo esta tipología normativa conforme a la cual el legislador debe precisar los fines, alcances y límites de dicha libertad, entraña -claro está- la regulación legal tanto de su faceta de libertad de empresa como la atinente a la libertad de competencia.

Sobre esta doble faceta se ocuparon los constituyentes al señalar que:

"al referirse a la actividad económica de manera general se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal. No obstante, y a pesar de estar contenida en el término de actividad económica, la Comisión quiso mantener de manera expresa el concepto de iniciativa privada.

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social, salud y seguridad públicas, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general".

(...)

En adición, hay que señalar que la protección de la libertad económica en sus dos dimensiones colectivas: la libre empresa y la libertad de competencia económica, supone igualmente la tutela

colectiva del derecho de los consumidores o usuarios.

El derecho del consumo es un límite a la libertad económica, sobre la base de que ésta no es un fin en si misma sino que está concebida principalmente en beneficio de la parte más frágil: el consumidor o usuario, dada su posición de inferioridad manifiesta frente a los agentes del mercado tal y como se advirtió en el seno de la Constituyente:

“Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad.

En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente (Subrayas de la Sala).

Los derechos de los consumidores o usuarios no son más que la otra cara del derecho colectivo a la libre competencia, con especial preocupación por los dos ejes del modelo de economía social de mercado previsto en nuestro ordenamiento fundamental: la calidad y el precio (...)

De esta suerte, el derecho a la libre empresa, el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores no son más que diversas facetas de un mismo derecho: la libertad económica.

Reflexiones que por supuesto aplican al sector de los servicios públicos domiciliarios, donde justamente las leyes 142, 143 y 689 de intervención económica entrañan un régimen especial, tanto desde la perspectiva de los operadores como desde la óptica del consumidor, en materia de derecho de la competencia

Asimismo, esta Subsección declaró la nulidad parcial de un acto administrativo expedido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que extendió el alcance de la exclusividad autorizada por el artículo 9º de la Ley 689 de 2001 a actividades del servicio público de aseo para las cuales el legislador no autorizó ese privilegio, fundada en que en cuanto se trata de una excepción al régimen de la prestación en condiciones de libertad y competencia económica, no le resulta posible a la administración extender esa limitación, por tratarse de un asunto reservado a la ley.

Así lo señaló la Sala, en esa oportunidad:

... conviene destacar que como una situación de excepción al esquema general de competencia en el mercado de los servicios públicos implantado desde la Constitución, la ley permitió la constitución de las denominadas Áreas de Servicio **Exclusivo**-ASE, por cuya virtud el legislador autorizó la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura (...).

Para la Sala es preciso no perder de vista que los servicios públicos domiciliarios con ocasión de

la expedición de la Constitución de 1991 y en especial a partir de las reformas legales de 1994, tal y como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos, dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “neoliberalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final.

En efecto, el artículo 365 Constitucional garantiza para el sector de los servicios públicos domiciliarios un régimen de competencia (libertad de empresa, libre concurrencia y protección al usuario). Esquema de libre competencia desarrollado minuciosamente por la Ley 142 a lo largo y ancho de su texto. Baste destacar a guisa de ejemplo que:

i) en su artículo 2.6 subraya que el Estado interviene en los servicios públicos para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante;

ii) en su artículo 3.3 dentro de los instrumentos de dicha intervención estatal ocupa lugar destacado el principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios;

iii) en el artículo 9.2 al prever los derechos de los usuarios estableció la libre elección del prestador y

iv) en el artículo 10 ya citado previó la libertad de empresa, como un derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

De ahí que está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado.

Ahora, el artículo 9 de la Ley 632 de 200, en perfecta consonancia con el artículo 40 de la Ley 142, al definir los esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo, dispuso en forma diáfana que:

“ARTICULO 9o. ESQUEMAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO. Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, podrán aplicar el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.

PARAGRAFO. Corresponde al Gobierno Nacional definir la metodología a seguir por parte de los municipios y distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.” (se subraya)

(...)

La Sala ratific

este **carácter taxativo** de los servicios, actividades o componentes sobre los cuales únicamente autorizó el legislador la concesión en exclusividad en un determinado espacio geográfico. Ello es así porque constitucionalmente, como ley de intervención económica que es, la Ley 632 debe fijar con claridad los fines, alcances y límites de la libertad económica que regula (artículo 150 num. 21 C.P.).

En otras palabras, la resolución impugnada sólo se estima ajustada al ordenamiento legal en tanto y en cuanto no se extienda a supuestos no previstos por el legislador, caso en el cual respecto de estos estará viciada de nulidad.

Síguese de todo lo anterior que no es admisible hacer lecturas extensivas, como las propuestas por los accionados, a hipótesis no consignadas expresamente por la ley pues ellas atentan contra de los principios de libertad de empresa y de libre competencia económica, que cimientan el régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios y además, tornan inocua la norma en comento, porque supondría la previsión de una opción alternativa para el municipio. Así interpretada, todas las previsiones sobre qué aspectos pueden ser objeto de ASE serían letra muerta, interpretación por supuesto irrazonable y que impide al texto legal producir un efecto útil (...).

En tal virtud, la Sala declarará ajustado a derecho el acto acusado bajo el entendido de que el mismo sólo respeta lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 632, en tanto se interprete que el Área de Servicio Exclusivo del municipio de Yumbo no incluye la recolección y transporte de residuos de los grandes productores o generadores.

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, huelga concluir que si se tratase de otorgar el privilegio de exclusividad en la prestación del servicio público de televisión nacional de operación privada, el asunto compete al legislador, fundado, en todo caso, en razones de intereses públicos superiores a la protección constitucional a la libertad económica. Autorización que se echa de menos en el caso de que se trata y que no podría derivarse del solo sometimiento legal al uso del espectro electromagnético y por ende de la operación y explotación del servicio de televisión, dada la exclusiva titularidad estatal. Pues de eso no se sigue la facultad de determinar el mercado.

Esto es así, por cuanto i) los artículos 75 y 334 constitucionales erigen la libre competencia en postulado rector del uso del espectro para la prestación del servicio de televisión; ii) el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 define la concesión como un acto jurídico de autorización para usar el espectro, operar y explotar el servicio y iii) las demás disposiciones de las Leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 1341 de 2009 citadas, mandan que la concesión, por contrato o mediante licencia, sea otorgada con sujeción a los principios de eficiencia, libre competencia, pluralismo informativo y el control de las prácticas contrarias a la competencia económica.

Asimismo, la Sala entiende, sin hesitación, que en cuanto el uso del espectro y la prestación del servicio resultan posibles sin que se ostente la exclusividad del mercado, la concesión per se no implica la imposibilidad de concurrencia de competidores. De donde esta última resulta un privilegio ajeno a la autorización que a la administradora del espectro electromagnético se le permite otorgar.

No desconoce la Sala que su eventual escasez y la autorización previa para uso del espectro constituyen barreras, técnicas y legales, a la entrada del mercado; empero, expresamente la Ley 182 de 1995 manda que las concesiones se otorguen con sujeción a la disponibilidad de las frecuencias, la libre competencia y el pluralismo informativo, para lo cual exige conformar el registro público de las frecuencias disponibles y tenerlo actualizado, precisamente para que se conozca y consulte por los interesados, libremente, sin perjuicio de las limitaciones legales.

De donde las barreras asociadas a las limitaciones en el desarrollo tecnológico y legal para el uso del espectro -aspecto en realidad relevante de la escasez del bien- no excluyen el funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia y, no se comprende, entonces, por qué otorgar privilegios de exclusividad a uno o determinados concesionarios. Se reitera aquí que este tipo de interpretaciones extensivas en materia de excepciones no es de recibo en las reglas de la hermenéutica jurídica.

No duda la Sala, en cuanto a que unos son los efectos de las barreras a la entrada al mercado creadas por la naturaleza y el desarrollo de la tecnología, que permite el uso del bien –espectro electromagnético- y otros, bien distintos, los relacionados con el requerimiento de privilegios para acceder a una concesión. Es que resulta inaceptable que la barrera de entrada al mercado provenga exclusivamente de la decisión administrativa de conferir la exclusividad en la prestación y no de la indisponibilidad de frecuencias y las necesidades del servicio. Limitación a la concurrencia en el mercado que, en tanto no autorizada, contraría la moralidad administrativa. Esto último en cuanto un bien público acaba siendo subordinado a intereses privados.

En ese mismo orden, entiende la Sala que el monopolio en el uso de una determinada frecuencia no puede trasladarse a la exclusividad del mercado, por tratarse de ámbitos diferentes. En efecto, en tanto la prerrogativa de usar una frecuencia con exclusión de otros operadores se explica por la naturaleza del bien y de la tecnología, la existencia de múltiples frecuencias operadas por distintos concesionarios posibilita el funcionamiento del mercado en competencia.

Pone de presente la Sala que, a diferencia de la concesión en otros sectores, en los que por el nivel desarrollo económico del país y de la infraestructura no podría contarse con pluralidad de oferentes y, por ende, tampoco con la posibilidad de libre elección del prestador, la tecnología permite el uso del espectro electromagnético mediante distintas bandas de frecuencias para la prestación de un mismo servicio, es decir pluralidad de oferentes y la libre elección del prestador del servicio, determinantes del funcionamiento de un mercado en libre competencia.

En síntesis, si bien el uso del espectro electromagnético y la operación y explotación del servicio público de televisión están sujetos a la barrera de entrada, consistente en la autorización administrativa previa, en tanto es de hecho posible que varios concesionarios concurren a la prestación, lo precedente tiene que ver con la libre competencia económica entre los prestadores, resultando, entonces, la exclusividad ajena a las condiciones del mercado y asimismo contrario a la moralidad el privilegio conferido por decisión administrativa.

La enjuiciada incumplió los deberes constitucionales a su cargo y utilizó el contrato de concesión con fines contrarios a los estatales

Establecido está que la Constitución y la ley confiaron a un ente rector la administración del espectro y le otorgaron facultades, en un todo con miras a conseguir una prestación eficiente, enmarcada en la libre competencia y el pluralismo informativo, es decir ajena a las prácticas monopolísticas; para el efecto, la regulación de la gestión y control del uso, comprende –se

destaca- i) “las condiciones de operación y explotación del mismo, particularmente en materia de cubrimientos, encadenamientos, expansión progresiva del área asignada, configuración técnica, franjas y contenido de la programación, gestión y calidad del servicio, publicidad, comercialización en los términos de esta Ley, modificaciones en razón de la transmisión de eventos especiales, utilización de las redes y servicios satelitales y obligaciones con los usuarios”; ii) “el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos” y iii) “las demás funciones que le correspondan como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión” –Ley 182/95, art. 4°-.

De donde las facultades del órgano rector de la televisión, por mandato constitucional y legal, no se agotan en el contrato de concesión, en cuanto le corresponde regular el servicio, esto es expedir las normas a las que deben sujetarse, en igualdad de condiciones los distintos agentes prestadores, especialmente en lo que tiene que ver con las condiciones de operación y explotación, expansión y cobertura, configuración técnica, contenido de la programación, gestión y calidad, publicidad, comercialización, transmisión, encadenamiento, acceso a las redes y servicios satelitales. En general, la satisfacción de los derechos de los usuarios, como lo exigen los artículos 365 constitucional y 5° de la Ley 182 de 1995.

El ordenamiento confió a la Comisión Nacional de Televisión las funciones de órgano rector de la política del servicio, regulador, ejecutor de programas, administrador del espectro electromagnético y las de inspección, vigilancia y control, en los términos de la Ley 182 de 1995, en particular su artículo 4°.

Concentración de funciones que, como era de esperarse, con su cabal ejercicio tenía que haber propendido por la consecución de los fines estatales del servicio público, lo cual, a juicio de la Sala, no resultaba posible sin una adecuada planeación, especialmente si se considera que la asignación de un nuevo canal de televisión abierta nacional, de operación privada, habría de incidir de manera determinante en la estructura del mercado, la libre competencia, el pluralismo informativo, todo lo cual con miras a la eficiente prestación del servicio.

Como ha tenido la oportunidad de señalarlo esta Corporación, en virtud del principio de planeación no les es dado a las entidades estatales iniciar procesos de contratación sin elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, entre otros y resulta a todas luces reprochables la negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal que produzca situaciones contrarias a la ley.

Así lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Sección:

(...) en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales (...) deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25).

(...)

Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...

Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato "...significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley.

Ahora, teniendo entre sus funciones las de regulación del servicio y del contrato, no se compadece con el deber de planeación que la sujeta, que de cara a la concesión para prestar el servicio en un mercado que debe regirse por la eficiencia, la libre competencia, el control de las prácticas monopolísticas y el pluralismo informativo, la demandada se haya limitado a valorar el objeto de la concesión en condiciones de exclusividad del mercado, definir los pliegos de condiciones y del contrato, sin expedir las normas de carácter general que rijan en igualdad de condiciones en temas determinantes para la entrada de nuevos operadores y la prestación del servicio con sujeción a los principios constitucionales y legales.

Es que, como se expone desde la jurisprudencia y la teoría de la regulación económica, al Estado se lo dota de la función de intervención en la economía y en la prestación de los servicios, por razones que tienen que ver, entre otras, con la necesidad de i) disminuir la incertidumbre en la organización de los mercados; ii) controlar el ambiente, lo cual incluye la corrección de las fallas del mercado; iii) contar con una fuente confiable de conocimiento, pericia e información capaz de estabilizar la industria y iv) lograr eficiencias en beneficio de la sociedad en su conjunto y, en general, la eficacia de los derechos.

En efecto, asociadas al principio de planeación, entre las teorías sobre el origen de la regulación económica como función estatal, se expone la que centra la génesis en la organización regulatoria, como mecanismo de control de la industria y el mercado, así –se destaca-:

La regulación conlleva explícitamente la concesión de la habilidad de restringir la elección en el ambiente regulatorio de la organización. Como otras organizaciones públicas, la agencia regulatoria se adapta en el curso del tiempo, se ve forzada a adaptarse o fuerza a otros a adaptarse a ella. Cada una de estas instancias tiene lugar, pero las organizaciones regulatorias, mucho más que otras organizaciones y muchas otras agencias gubernamentales, puede controlar su ambiente. Por ejemplo, en el área de regulación económica:

a) Las agencias regulatorias a menudo tienen la habilidad de estructurar su ambiente, incluyendo el número y las relaciones de las unidades sujetas a regulación. Así, **las restricciones de mercado y los requerimientos de servicios pueden estructurar un mercado regulado.**

b) Las agencias regulatorias poseen un poder considerable de recompensas, es decir, pueden proporcionar varias recompensas o incentivos tangibles o intangibles, positivos o negativos. Por ejemplo, la agencia puede ser una fuente de legitimación para las acciones de la industria, y permitir o alentar su operación a través de la legitimación de su papel social; **una fuente de**

pericia o un depositario de información así como un abastecedor de otros servicios tales que la agencia se convierta en una oficina de servicios de la cual depende la industria; una fuente de recompensas físicas para los miembros de la industria que afirma a los miembros de la industria que lo que la industria está haciendo es bueno y adecuado; y, desde luego, una fuente de regulación que puede tener un inmenso impacto sobre la salud financiera de la industria.

c) Las agencias regulatorias pueden garantizar la estabilidad y mantenimiento de las relaciones de intercambio, absorbiendo por ende la incertidumbre en el ambiente de las organizaciones reguladas (así como, probablemente, dentro de la agencia misma). En la medida en que las industrias reguladas valoran una estabilidad tal, puede considerarse como un componente del poder de recompensa de la agencia regulatoria y así estar entre los incentivos que puede ofrecer una agencia (...).

Una razón que se ha ofrecido para el origen de la regulación ha sido, de hecho, que las empresas no han logrado controlar su ambiente. Esta explicación plantea la presencia de una “dilema de acción colectiva” (veáanse, por ejemplo, Olson, 1965; Olson y Zeckhauser, 1966; Coleman, 1966; Hardin, 1975). En un dilema tal, no ocurren las acciones individuales que, en los medios dados, son necesarias para que todos los miembros del grupo se beneficien. Deben diseñarse de maneras que se garanticen dichas acciones o deben desarrollarse otros medios para proporcionar los beneficios. De manera típica, el interés propio individual puede conducir a algunos miembros de la colectividad a evitar contribuir o participar en la acción colectiva. Esto puede, por ejemplo, permitirles “viajar gratis” en los beneficios del grupo obtenidos por los demás o permitirles explotar de otras formas cualquier acuerdo de acción colectiva que se aplique al comportamiento del grupo.

Así, las empresas en un mercado que no es perfectamente competitivo pueden ganar ventajas competitivas en el corto plazo, de, digamos, cortes en los precios. Esto obliga a los competidores a hacer lo mismo, dejando a todos peor de lo que estaban antes. Los acuerdos colectivos alcanzados para impedir tales guerras de precios pueden ser comprensibles debido a las ventajas de corto plazo que habrán de ganarse al franquearlos, y en muchos casos pueden ser ilegales. La industria puede entonces asegurar la regulación gubernamental, de hecho a un agente gubernamental, a fin de crear e instrumentar el acuerdo colectivo necesario. Por ejemplo, se ha argumentado que los ferrocarriles obtuvieron regulación federal bajo la forma de la Comisión para el Comercio Interestatal en 1887 como un medio de introducir estabilidad a una industria caracterizada por frecuentes guerras de tarifas que interrumpía acuerdos colusorios “mancomunados” (véase Hilton, 1976; cf. Posner, 1974)

Y en el ámbito nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de coincidir con la doctrina expuesta, destaca el carácter técnico, la continuidad y permanencia en el ejercicio de la función de regulación, a través de múltiples instrumentos de intervención del Estado en la economía y en los servicios públicos, entre ellos la capacidad para imponer marcos normativos necesarios para el equilibrio entre los intereses particulares y los generales, acordes con la dinámica del sector y para garantizar la efectividad de los fines estatales, como el adecuado funcionamiento del mercado. Con este último propósito, la regulación debe corregir fallas como i) la asimetría o ausencia de información oportuna y confiable, ii) la oferta limitada, iii) el abuso de posición dominante, iv) las barreras a la entrada y iv) las externalidades, contrarias a los principios y garantías constitucionales.

En efecto, así lo ha puesto de presente la Corte Constitucion:

(...) de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: **conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos; finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico** (...).

Además, el ejercicio de la función de regulación **obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia**, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo (...).

Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se **encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador**. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la **de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento**. **Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación**. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; **la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos**; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, **en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad**

primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.).

4.1.1.3. La especificidad de la función estatal de regulación condujo al Constituyente de 1991 a introducir varias innovaciones institucionales sin trasladar a nuestro contexto ningún modelo en esta materia. Por el contrario, este importante tema fue abordado por el constituyente colombiano con la finalidad de responder a problemas y necesidades propios. Ello explica algunas peculiaridades del sistema colombiano en esta materia, dentro de las cuales se destaca la creación directa, por el mismo constituyente, de órganos de regulación en ámbitos donde por la tendencia constatada en distintos países, tanto de tradición anglosajona como romano-germánica, al igual que por la experiencia colombiana, se estimó necesario que existiera un órgano de regulación especializado, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la política monetaria, cambiaria y crediticia y en el ámbito de la televisión.

(...) se ha dicho que: "[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, **incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general.** Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones (...).

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado **funcionamiento del mercado.**

4.3.2. La corrección de las fallas del mercado forma parte de los fines de la regulación

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad (...).

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.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, **una falla del mercado puede devenir en un problema**

constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información, oferta limitada y abuso de posición dominante, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente, barreras de ingreso al mercado, externalidades, competencia destructiva entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que **la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.**

Por último, la Corte resalta que la regulación de la economía es un instrumento del que dispone el Estado para orientar el interés privado –como lo es la realización de una actividad empresarial– al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En efecto, esta Corporación ha subrayado que "la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ello, el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia. Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. **Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.**

Planteamientos que a juicio de la Sala resultan aplicables a la televisión nacional abierta de operación privada, en cuanto i) se trata de un servicio público, al tenor de lo definido por la Ley 182 de 1995 -arts. 1º y 22-; ii) sometido a la intervención del Estado y iii) regido por los principios de eficiencia, libre competencia y pluralismo informativo; además de que esa misma ley dispuso que el órgano autónomo ejerza la intervención a través de la regulación "...en los

términos de la Constitución y la Ley” –art. 4º-, esto es ajena a una autonomía absoluta.

Siendo así, el ejercicio de la facultad de intervención del Estado en el servicio público de televisión, de que trata el artículo 75 constitucional, a través de la regulación económica, entendida como la imposición de normas de carácter general, necesarias para la organización y el adecuado funcionamiento del mercado, la eficiente prestación del servicio y el equilibrio de los intereses en la realización de las distintas actividades que comprende, resultaba un deber imperativo para la Comisión Nacional de Televisión en el marco de la concesión de un nuevo canal privado, en tanto se trataba de concurrir a un mercado con múltiples fallas, como barreras de entrada, limitada oferta, posición dominante de los concesionarios y la asimetría de información que esto apareja. Exigencia de la que la demandada no podía sustraerse so pretexto de la celebración de los contratos de concesión, pues no cabe duda de que, el carácter individual de la autorización y sus efectos res inter alios acta, resultaba mecanismo inadecuado e insuficiente para establecer los marcos generales de la prestación del servicio.

Empero, en el caso que ocupa la atención de la Sala de la planeación nada se conoce y con su ausencia se relacionan los más importantes cuestionamientos de los interesados –a la postre ignorados por la demandada-. Esto es así porque los mismos redundan en torno de la entrada del nuevo operador, la valoración de la concesión, la asignación de las frecuencias y de los riesgos, el acceso a las redes y la participación de los concesionarios establecidos en la puja por el nuevo canal, fundados en ausencia de reglas generales, definidas con antelación, sobre aspectos que, como se advierte en los distintos cuestionamientos formulados por los concesionarios, los potenciales proponentes y los ciudadanos que ejercieron el control, desbordan el campo de la licitación pública, para ubicarse en el ámbito del mercado de la televisión nacional de operación privada, en tanto son aspectos que inciden en su estructura, pues la entrada del nuevo operador implica la ruptura del duopolio existente; en la libre competencia y la igualdad de condiciones que la hace posible; en la eficiencia, derivada del no sobredimensionamiento de las redes y el acceso compartido que garantiza la posibilidad de múltiples oferentes del servicio, etc.

Ahora, conforme lo pone de presente la ciencia económica, los mercados controlados por un pequeño número de prestadores del servicio –dos en el caso de que se trat-, se caracterizan, entre otros aspectos, porque su posición les permite ejercer el poder de mercado para elevar los precios y controlar la producción o prestación del servicio, razón por la que cada duopolista está al tanto de las acciones del otro y de las decisiones de entrada de nuevos competidores, condicionando sus decisiones, de donde, de cara a la protección de sus propios intereses, les resulta más importante las estrategias concertadas o interactuadas para controlar el mercado que el número de empresas existentes. De ahí que, aunque del todo reprochables, no resultan extrañas las conductas asumidas por los concesionarios frente a la entrada del nuevo competidor - denunciadas por la demandada en este proceso-, dirigidas precisamente a defender los privilegios que le fueron otorgados por la administración.

En efecto, sobre las razones de defensa del monopolio y la manera como dificultan la transición a la libre competencia, las siguientes reflexione -se destaca-:

La razón por la cual la introducción de competencia es una tarea llena de consecuencias políticas es que la situación que se pretende modificar –el monopolio o la falta de competencia- da dinero, da poder. Y al revés: quitar las restricciones a la competencia, suprimir los monopolios, quita dinero, quita poder. Y quien tiene dinero y poder, no va a quedarse quieto, no va a asistir pasivamente ante esa actuación política. Es verdad que también el empresario en competencia se preocupa por su dinero y desea aumentar sus beneficios. Pero esto le mueve a preocuparse de

gestionar bien su empresa y de atraerse a los consumidores. Por el contrario, la supervivencia del dinero y del poder monopolista no está tanto en gestionar bien su negocio como en mantener sus privilegios y su supervivencia depende de decisiones políticas. A él si le merece la pena reunirse con el ministro o con el jefe del partido de oposición. Porque su negocio depende de lo que ellos decidan y no de lo que decidan los consumidores.

Aunque los beneficiarios de los monopolios o de las restricciones no siempre utilizan al máximo las posibilidades que ofrece la falta de competencia, uno de sus efectos más comunes es el que permite obtener beneficios excepcionales, ganar mucho dinero. Esta fuente de dinero fácil –a través de la legislación, de las normas, de la intervención política-, crea una relación entre los empresarios protegidos y el poder que está llena de consecuencias políticas. Por un lado, está la pura corrupción, la posibilidad siempre presente de que los beneficiados financien a los políticos a sus partidos. Pero también el monopolio tienta al político honesto ya que, si concede las restricciones correspondientes, puede conseguir a cambio que los beneficiarios hagan cosas que, si no concede las restricciones, tendría que conseguir las aumentando los impuestos.

La posibilidad de restringir la competencia por parte de los gobernantes es equivalente al establecimiento de impuestos; los consumidores pagan un plus adicional sobre lo que pagarían si hubiera competencia. Pero hay una diferencia que hace que los políticos –y, por su puesto también los beneficiados de las restricciones- prefieran otorgar restricciones a la competencia a subir los impuestos. La diferencia está en la mayor transparencia de la política fiscal y presupuestaria que hace que sea más difícil utilizarla para privilegiar intereses privados (...).

Las restricciones a la competencia son un asunto fundamentalmente político, porque gracias a ellas alguien consigue un privilegio, algo que no tienen los demás ciudadanos. Un privilegio es poder vender sin competencia o con restricciones a la competencia, de tal forma que los competidores tengan dificultades para acceder al consumidor. Fijémonos en que la palabra “privilegio” significa utilizar las «leyes» para uso privado. Los privilegios son algo excepcional, puesto que las leyes deben establecer derechos y obligaciones y no favorecer a unos a costa de otros.

Este carácter de privilegio explica también que, en casi todos los países, la opinión pública suele odiar los monopolios. Una vez descubiertos, la presión de la opinión pública obliga a los políticos a suprimir los monopolios o regularlos con mayor dureza. Por eso la batalla política de los monopolistas es más sofisticada que la pura defensa de los intereses. Cuando los privilegios se vuelven obvios están perdidos y, por ello, lo primero que intentan los monopolios es no ser descubiertos. Su estrategia es, primero que no se hable y, para que no se pueda hablar de algo, lo mejor es que no se conozca, ocultar al máximo la información. Hay algo mejor: dar la información a aquellos reguladores que no van a utilizarla en su contra, con lo cual los ciudadanos se despreocupan porque suponen que ya hay alguien que se ocupa de vigilarlos. Otra vía utilizada por los monopolistas es intentar convencer de que las restricciones de que disfrutaban no son excepcionales sino que son normales, que siempre han existido o que existen en otros países. Finalmente, si todos los esfuerzos anteriores han sido inútiles y las restricciones acaban siendo conocidas por la mayoría, la única posibilidad de mantenerlas es justificándolas, por supuesto no por el interés particular sino por algo general y noble.

Como lo puso de presente la unión temporal en el informe que se viene analizando, la ausencia de reglas generales en aspectos determinantes de la organización del mercado y la prestación del servicio, aunada a la regulación parcial, en otros aspectos, utilizando simultáneamente el contrato de concesión y acuerdos generales expedidos por la Comisión, han creado condiciones de

inestabilidad del mercado y del servicio y ambigüedad en las relaciones entre el regulador y los concesionarios que propician permanentes conflictos, en contra de los fines estatales del servicio. Advertencias frente a las cuales la entidad demandada resultó indiferente, si se considera que, pese a los efectos de las graves falencias en la regulación que da cuenta el pluricitado informe, la Comisión Nacional de Televisión insistió en mantener el mencionado esquema regulatorio, esto es, privilegiar a los concesionarios, al margen de la eficiencia, libre competencia, pluralismo informativo y control de las prácticas monopolísticas.

En efecto, sobre las ventajas de la imposición de normas generales para la prestación del servicio, en condiciones libre competencia, se tiene que el consultor recomendó a la entidad demandada –se destaca–:

4.2.4 Licencias y Contratos como Títulos de Concesión

Si bien (...) bajo el esquema clásico de la concesión de los servicios públicos el título mediante el cual se autoriza a un particular la prestación indirecta de un servicio es un contrato estatal de concesión, debemos reiterar que en el caso colombiano, las concesiones de telecomunicaciones pueden ser otorgadas tanto por contrato como por licencia, tal y como lo señala de manera expresa el artículo 7 de la Ley 72 de 1989, y como lo confirma el artículo 35 de la Ley 182 de 1995 para el caso de la televisión. De conformidad con lo anterior, en el caso colombiano tanto el contrato como la licencia, implican la existencia de una concesión a un particular de un servicio reservado por Ley al Estado.

No obstante lo anterior, pese a tratarse de un instrumento de concesión, la licencia se encuentra más cercana al esquema de mercados regulados al que nos referimos anteriormente que al modelo clásico de concesión, en tanto no incorpora la mayoría de las características diferenciales (...) para los contratos de concesión, tal como se muestra a continuación:

a) Inexistencia de Relación Bilateral: A diferencia de los contratos de concesión, la relación que se establece entre el operador y el Estado es de carácter unilateral, **basada únicamente en la legislación, reglamentación y regulación establecida de manera general para el servicio.**

b) **Reducción o eliminación de asimetrías:** En tanto las normas del servicio serían aplicadas de manera uniforme a todos los operadores.

c) Imposibilidad de reclamo por restablecimiento del equilibrio económico del contrato, como consecuencia de la ausencia de relación contractual. No obstante lo anterior, existirá responsabilidad del Estado cuando las normas regulatorias expedidas sean ilegales y generen perjuicios, o siendo legales, generen un daño especial. En ambos casos, la reclamación deberá ser atendida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien valorará su procedencia.

4.2.5 Ventajas del esquema de licencia

Los mercados de televisión son, en la actualidad, mercados en competencia, en los cuales el Estado participa como oferente de una manera marginal. De hecho, salvo por los “Canales de Interés Público” el Estado carece de oferta de televisión nacional, en tanto el contenido de la totalidad de la televisión comercial depende de particulares, bien por ser éstos concesionarios de espacios de televisión o de canales privados.

Este ambiente de competencia se favorece con el esquema de licenciamiento que aporta mayor flexibilidad a un régimen en el que el Estado no es, ni pretende ser, proveedor de contenido

comercial, a la vez que armoniza el esquema regulatorio limitando las asimetrías entre agentes del mercado. Al respecto, debe considerarse que ante la obvia competencia de los concesionarios de espacios de televisión con los operadores privados de televisión abierta, es necesario contemplar la posibilidad de eliminar de manera definitiva el sistema mixto de programación, y en consecuencia, adoptar un esquema que se encuentre en capacidad de reconocer dicha competencia en condiciones de igualdad.

4.2.6 Adopción del esquema para las Prórrogas de las Concesiones Vigentes

Planteada la viabilidad jurídica de utilizar la licencia como título habilitante para la prestación del servicio de televisión abierta nacional, debe reflexionarse sobre la viabilidad de transformar el título habilitante con el que cuentan los actuales operadores – un contrato de concesión– en una licencia para la prestación del servicio, como parte de un proceso de prórroga (...)

4.2.7 Conclusiones

De acuerdo con nuestra opinión, el esquema de habilitación del servicio de televisión abierta en Colombia puede ser objeto de un profundo replanteamiento mediante la implementación de un esquema de licenciamiento de la operación del servicio, en reemplazo del esquema de contrato de concesión.

Lo anterior resultaría aplicable incluso para la prórroga de los títulos habilitantes, en tanto la Ley no exige la continuación del instrumento jurídico utilizado para el otorgamiento del título, y en todo caso, la prórroga de los títulos habilitantes se encuentra sometida a la reglamentación que al respecto expida la CNTV, la cual podría ser modificada para la introducción de este mecanismo de habilitación.

Considerando que, para la entrega de este informe la CNTV ha expedido el Acuerdo 3 de 2008 en el que se toma como primera opción para las prórrogas la celebración de un nuevo contrato de concesión, esta alternativa podría ser contemplada como mecanismo para el establecimiento de las condiciones de la concesión, en el evento en que no se llegase a un acuerdo sobre las condiciones del contrato con los actuales concesionarios... -pags. 112 a 129-.

En criterio de la Sala, si bien la ley confería a la Comisión Nacional de Televisión la facultad de otorgar la concesión mediante contrato o licencia, también lo es que, en tanto la Constitución Política i) adoptó un régimen especial para los servicios públicos que difiere del propio de una función administrativa clásica y ii) sujetó el de televisión a la intervención del Estado mediante la regulación, con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia y el pluralismo informativo, no le resultaba potestativo a la entidad demandada prescindir de la función de regulación, a través de marcos normativos para sujetar la prestación a condiciones de igualdad, al margen de la forma escogida para la autorización, sin acudir a la forma combinada de contrato y normas generales como instrumentos de regulación de aspectos relevantes del mercado; pues esto, como lo puso presente el informe final del consultor y lo enfatiza la Sala, lejos de propiciar la estabilidad y el adecuado funcionamiento del servicio generó asimetría regulatoria, que distorsionó la libre competencia, tanto por la entrada como por el mercado, en contra de los fines estatales y en favor de los intereses particulares que por esta vía recibieron un trato privilegiado. En esas condiciones, a juicio de la Sala, el contrato de concesión debe limitarse a los aspectos específicos de la relación particular entre las partes, con sujeción a la regulación general, si se considera que esta última resulta el mecanismo adecuado de intervención estatal, frente a los aspectos relevantes del mercado que trascienden el vínculo contractual.

Así lo puso de presente la unión temporal consultora, al rendir su informe final a la entidad demanda –se destaca-:

Como lo hemos advertido en otros apartes de este mismo documento, **el marco regulatorio debe propender por la igualdad de condiciones entre los operadores, no sólo por tratarse de uno de los principales principios que gobiernan nuestra Constitución, sino porque el desarrollo del mercado de medios audiovisuales aunado a la obligación de must carry de los operadores de televisión cerrada, ha generado que la mayoría de operadores, públicos, privados, nacionales e internacionales, compiten por la misma audiencia en un mismo mercado, y es la obligación principal de una autoridad de regulación, el adoptar las medidas necesarias para evitar o eliminar las disfunciones del mercado.**

La multiplicidad de fuentes que regulan el comportamiento de los agentes de un mercado, trae como consecuencia una falta de claridad en el marco aplicable, que genera asimetrías regulatorias entre los diferentes operadores de un mismo servicio, que pese a competir en el mismo mercado, pueden llegar a tener cargas regulatorias diferentes. Las asimetrías regulatorias pueden consistir en menores cargas económicas, mayor libertad para la emisión de contenidos, menores niveles de control u otro tipo de medidas que afectan sólo a un grupo de operadores y no a la totalidad de éstos, y que tienen la propiedad de transformarse en una ventaja competitiva dentro del mercado.

Aunque es evidente que la regulación a la que se someten los operadores no puede ser idéntica, pues algunos de ellos se orientan de manera exclusiva al interés público, otros tienen la responsabilidad de operar el servicio abierto al público y por lo tanto la carga de transmitir un contenido de calidad aún en ausencia de televisión cerrada, mientras que otros son operadores internacionales que preparan sus contenidos para el público en general en diferentes partes del mundo, ha de reconocerse la progresiva convergencia de estos operadores en un mismo mercado. De ahí, que la Comisión Nacional de Televisión se enfrente al complejo reto de elaborar una regulación que a la vez respete los fines y principios de los servicios de televisión, **acorde con la naturaleza de cada uno de ellos, pero que a la vez permita una libre y leal competencia en el mercado de contenidos de televisión,** en tanto todos procuran capturar la misma audiencia. –págs. 196 y 197-.

A juicio de la Sala, si el ordenamiento creó a la Comisión Nacional de Televisión como órgano rector de la política del servicio, regulador, ejecutor de programas, administrador del espectro electromagnético y las de inspección, vigilancia y control, en los términos del artículo 4º de la Ley 182 de 1995, el cabal ejercicio de esa multiplicidad de funciones requería de una adecuada regulación, especialmente si se considera que la asignación de nuevos canales de televisión abierta nacional, de operación privada, habría de incidir de manera determinante en la estructura del mercado, la libre competencia y el pluralismo informativo, como efectivamente ocurrió, empero en torno de privilegios que contrariaron las fines institucionales.

En este orden de ideas, a la Sala no le cabe duda en cuanto a que, por la ausencia de un marco regulatorio que rigiera en igualdad de condiciones la prestación del servicio, aunado al hecho de que la Comisión Nacional de Televisión estructuró el mercado y definió las condiciones de prestación del servicio mediante el contrato de concesión, en lugar de una autorización individual, resultan por demás justificados los múltiples reparos formulados por los agentes interesados en el proceso licitatorio sub iudice, por las irregularidades relacionadas con la falta de reglas claras, objetivas, transparentes y de condiciones de seguridad e igualdad para competir por la entrada y la prestación del servicio. Observaciones e irregularidades que, en cuanto no

fueron debidamente atendidas y corregidas, como lo adujo el actor popular, dieron al traste con la concurrencia de proponentes, resultando claro que esa reticencia de la demandada a atender los justos reclamos propició el retiro de los interesados en competir por la entrada.

En efecto, observa la Sala que la actuación de la Comisión Nacional de Televisión se centró en la definición de las condiciones para llevar a cabo el proceso licitatorio y adjudicar la concesión, sin definir aspectos determinantes para la operación y explotación del servicio, en condiciones de libre competencia, pese a que fueron recomendados por la consultoría contratada para el efecto y reclamados por los interesados.

Obran en el expediente elementos probatorios que dan cuenta de que en las distintas etapas del proceso licitatorio, las sociedades inscritas en el registro de proponentes reclamaron a la Comisión Nacional de Televisión la definición de aspectos generales relacionados con la igualdad en la valoración, la programación de contenidos, las obligaciones relacionadas con la cobertura del servicio, las condiciones de acceso a las redes de los operadores públicos y la estimación y asignación de los riesgos en igualdad de condiciones, sin que las solicitudes en este sentido fueron atendidas adecuadamente.

Se destaca, asimismo, cómo la Procuraduría General de la Nación llamó la atención a la Comisión Nacional de Televisión para que atendiera las solicitudes de los interesados, además de hacerle saber que encontraba injustificado que las condiciones de acceso a las redes del operador público estuvieran siendo negociadas individualmente con RCTV, por cada una de las sociedades interesadas en la concesión, precisamente por ausencia de normas generales en la materia. Situación que para la Sala resulta a todas luces reprochable, dado el trato discriminatorio que resulta de negociaciones individuales sin reglas preestablecidas, con las consiguientes ventajas o desventajas competitivas producto de exigencias subjetivas.

Empero, aunque enterada la entidad demandada de la importancia y la necesidad de definir previamente el acceso a las redes de otro operador interesado en la prestación del servicio, si se considera que en el informe final de la consultoría contratada se señaló que dicho acceso incidía en la cobertura del servicio y al margen de que por la falta de reglas generales en esta materia uno de los potenciales competidores se retiró en la convocatoria inicial, decidió continuar adelante con la licitación, limitándose a señalar que después de la adjudicación expediría las reglas echadas de menos.

En la respuesta a las observaciones al pliego de condiciones, la entidad demandada señaló:

La Comisión Nacional de Televisión considera que es responsabilidad del Concesionario contar con una red para la prestación del servicio, motivo por el cual a él le corresponde decidir cómo gestionará la misma. Sin perjuicio, de lo anterior, de conformidad con lo previsto en los artículos 4° y 5° literal c), 12 literal a) de la Ley 182 de 1995, la Comisión establecerá las condiciones que deberán observar tanto los concesionarios u operadores dueños de redes existentes como el operador entrante, a efectos de que se preserve la libre competencia en los términos de la Constitución y la Ley.

Tales condiciones serán determinadas por la Comisión Nacional de Televisión, a efectos de que unos y otros conozcan las reglas que regirán el acceso a tales redes –fls. 421 y 422, c.p. 5-.

Así consta en las actas de las sesiones adelantadas por la Junta Directiva de la demandada:

En la sesión del 2 de marzo de 2010, al analizar el “avance del tercer canal”, la junta fue informada por el señor Carlos Gustavo Arrieta, en su calidad asesor externo de la enjuiciada, que “tienen algunas dificultades en (...) el tema de acceso a redes” –fl. 501, c.p.2-.

Y el acta de la sesión llevada del 6 de abril siguiente da cuenta de que -se destaca-:

“La Comisionada Zulma Casas García, pregunta: ¿Qué pasa si por las reacciones que encontremos al Acuerdo de acceso a redes, lo vemos inconveniente?. El Dr. Arrieta responde que jurídicamente esa situación no pone en riesgo la continuidad del proceso del tercer canal, pero **en la práctica fue esta misma razón por la cual uno de los interesados decidió no participar en el proceso anterior**. Los prepliegos podríamos publicarse (sic), sin embargo, sería mejor que el tema estuviera definido antes de la publicación” –fl. 536, c.p.2-.

Finalmente, esta materia fue regulada por la Comisión Nacional de Televisión a través del Acuerdo n.º 005, expedido el 15 de diciembre de 2010, esto es después de transcurridos cuatro meses desde la fecha en que fue suspendida la licitación pública n.º 002 del mismo año, con el objeto de regular “las condiciones de acceso y uso de infraestructura de redes públicas y privadas de televisión radiodifundida”.

Igual comportamiento asumió la entidad demandada, dada la falta de reglas para la programación de contenidos en condiciones de igualdad, aspecto sobre el cual, a pesar de determinante en la prestación del servicio y en materia de competencia por la entrada y el mercado, la entidad demandada se limitó a señalar que lo definiría con posterioridad a la adjudicación; sin perjuicio de las advertencias de la unión temporal y los reclamos insistentes de los interesados, en las distintas etapas del proceso licitatorio.

Sobre las observaciones relativas a la definición de la programación, de contenidos y el tiempo máximo de publicidad, formuladas al pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2009, la entidad demandada respondió:

7.3. RedPaPaz (sic) solicita que se incluya que en el horario comprendido entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m. los contenidos que se presenten serán amigables para los niños, niñas y adolescentes, tanto de la programación como de la publicidad (no se emitirán contenidos que atenten contra su integridad física, intelectual y/o emocional).

Respuesta: Los asuntos y material señalados por el observador no pueden ser establecidos en el pliego de condiciones, sino que deben regularse a través de los instrumentos jurídicos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir, a través de la Ley y la correspondiente facultad reglamentaria –fls. 478 y 479, c.p.5-.

Y, mediante el Acuerdo n.º 003, expedido el 6 de mayo de 2010, un día antes de la apertura de la licitación n.º 002, la Comisión Nacional de Televisión reguló lo relativo a “la radiodifusión de contenidos en el servicio público de televisión abierta”.

Por otro lado, como lo resalta la jurisprudencia y la doctrina atrás citadas, una de las principales razones que amerita la existencia de agencias regulatorias es la de ser fuente oportuna y confiable de información sobre las variables de las que depende el adecuado funcionamiento del servicio, entre otras razones, porque i) la información confiable y oportuna es uno de los más importantes insumos para la toma de decisiones por parte de la oferta, la demanda, los nuevos inversionistas y el ente regulador, entre otros y ii) las asimetrías en la información se constituyen en una de las

principales fallas, que, en cuanto impiden que el mercado opere como un mecanismo eficaz para la provisión del servicio en condiciones de eficiencia, libre competencia y transparencia, devienen en un problema constitucional relevante. Empero, nada hizo la entidad demandada al respecto, al punto que uno de los principales escollos a que se enfrentó el estudio sobre el comportamiento del mercado del servicio de televisión tiene que ver con que no se conocen los elementos que estructuran las tarifas que cobran libremente los concesionarios; la dificultad para dimensionar y cuantificar, en condiciones confiables, la demanda y los ingresos por la pauta publicitaria, pese a que, según la metodología por la que se optó, estos resultaban determinantes en orden a valorar las concesiones, su prórroga y, asimismo, el costo y efectos del ingreso de un nuevo operador al mercado.

En efecto, señala el informe final de la consultoría contratada por la entidad demandada, sobre la ausencia de información oportuna y confiable para la regulación del servicio –se destaca-:

Desafortunadamente existen muchas limitaciones para acceder a los precios y tarifas reales con que los canales actuales negocian la pauta. Solamente Caracol tiene en su sitio Web datos brutos para febrero de 2008, **RCN en cambio no suministra ninguna información al respecto** (...) –Sin embargo, las tarifas publicadas corresponden a tarifas brutas que no tienen en cuenta los descuentos, canjes y otras prácticas comerciales que son una práctica general en este negocio, de hecho **se estima que estos conceptos pueden llegar a representar un 30% frente a las estimaciones de pauta que hace IBOPE** (...) –págs. 27, 28-.

Es importante destacar que no existe una fuente oficial de información acerca de la inversión publicitaria por lo que fue preciso consultar todas la fuentes existentes y cruzar la información de tal forma que fuese lo más confiable posible –pág. 51-.

Para la Sala no se acompasa con un servicio público, sometido desde la Constitución política a la regulación, vigilancia y control del Estado, que la entidad encargada de la intervención resulte indiferente a su deber de ser fuente oportuna y confiable de la información necesaria para la regulación a su cargo.

También la Sala observa que, no obstante las citadas falencias en materia de confiabilidad y oportunidad, la entidad demandada fundó la valoración de la concesión en informaciones no sustentadas, cuestionadas por los órganos de control, en cuanto no reflejaron adecuadamente la realidad del mercado.

En efecto, con requerimiento de 20 de abril de 2009, la Procuraduría General de la Nación le solicitó a la Comisión Nacional de Televisión auditar el comportamiento real de la pauta publicitaria, en tanto el órgano de control lo consideró necesario a efectos de “determinar y regular el precio de la concesión”. Requerimiento del que no se conoció respuesta, pese a que efectivamente la Comisión dijo haber estimado el precio base de la concesión a partir de los ingresos por la pauta publicitaria.

Se conoce sí, que como resultado del control de advertencia previo, realizado por la Contraloría General de la República, relacionado con un posible detrimento patrimonial por la inadecuada valoración de la concesión, la entidad procedió a actualizar la estimación del precio base.

En esas condiciones para la Sala resulta claro que la Comisión Nacional de Televisión, lejos de cumplir los deberes a su cargo, como le corresponde en su calidad de agencia estatal reguladora, dejó en evidencia que desconoció las condiciones del mercado por las que debe velar.

Siendo así, encuentra la Sala que la prestación del servicio de televisión adolece de ausencia del marco regulatorio necesario para que nuevos prestadores irrumpían en el mercado por medio de contratos de concesión, regidos en igualdad de condiciones, con tarifas o precios vinculados sí a los ingresos reales provenientes de la comercialización de la pauta publicitaria, empero en condiciones de competitividad, como efectivamente lo reclamaron, sin éxito, los interesados en el proceso licitatorio adelantado por la entidad demandada.

La asignación de riesgos prevista para el otorgamiento de la concesión es contraria a los fines estatales

Especial atención le merece a la Sala lo que tiene que ver con la estimación y asignación de los riesgos que la entidad demandada asoció al otorgamiento de la concesión, si se considera que el actor popular destaca este aspecto entre las irregularidades incurridas durante el proceso licitatorio, al punto que atribuye a la ausencia de reglas claras y a la falta de transparencia y de seguridad en la materia, el retiro de dos de los tres potenciales competidores.

Por su parte la Comisión Nacional de Televisión aduce que efectuó la estimación y asignación de los riesgos, en la forma como fueron justificadas en los estudios de consultoría contratados y llevadas a cabo en las audiencias realizadas con ese fin.

Observa la Sala que el informe de la consultoría, además de recomendar a la entidad demandada replantear al contrato de concesión, como instrumento de regulación y en su lugar expedir una autorización individual, en el marco de unas reglas generales, expedidas consultando las condiciones relevantes del mercado que resulte menester intervenir, también llamó la atención i) sobre la metodología de valoración utilizada en los contratos de concesión vigentes ya que el precio base se vinculó a los ingresos estimados por comercialización de la pauta publicitaria, el riesgo significativo de dar lugar a conmutatividad entre el precio de la concesión y la operación y explotación del servicio, que de hecho se materializó al ser convocados cuatro tribunales de arbitramento entre la entidad demandada y los dos concesionarios, que terminaron con decisiones disímiles, dada la ambigüedad del contrato en estos aspectos; ii) en cuanto a que si bien la metodología de valoración de la concesión considera una estimación del ingreso esperado por la pauta publicitaria, ello no implica que necesariamente el contrato de concesión sea conmutativo y iii) respecto del efecto sobre las finanzas públicas de un precio variable sujeto a la gestión del deudor.

En efecto, en materia de los riesgos asociados al contrato de concesión, con un precio pactado a partir de una valoración vinculada a la estimación de los ingresos por la pauta publicitaria y sus efectos sobre la prestación de servicio, puso de presente el informe final rendido por la unión temporal:

4.7 CONTRAPRESTACIÓN POR CONCEPTO DEL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO

Corresponde al valor establecido en los contratos de concesión, el cual se determina con base en los criterios contenidos en el literal g) del artículo 5° de la ley 182 de 1995 antes transcrito. Según la norma mencionada, el valor correspondiente al otorgamiento de la concesión se difiere en un plazo de dos (2) años.

4.7.1 Naturaleza de la contraprestación

No obstante dos de los cuatro tribunales de arbitramento que hasta la fecha se han desarrollado

entre las partes, han considerado que la contraprestación fijada en los contratos de concesión guarda relación directa con los resultados obtenidos por el concesionario, de lo cual derivan además el carácter conmutativo de los contratos hasta ahora suscritos, en nuestro concepto, tal apreciación no corresponde ni con la naturaleza de los contratos suscritos por la Comisión, ni con las características fijadas por la Ley para dicha contraprestación como procederemos a analizar a continuación.

Respecto de la naturaleza del Contrato de Concesión 136 anotó el Tribunal de Arbitramento cuyo laudo fue expedido en noviembre de 2004:

“Sin lugar a dudas, los parámetros que determinaron la fijación del valor de la concesión, así como los extremos contractuales señalados, objeto y remuneración, constituyen elementos indiscutibles del carácter oneroso-conmutativo que reviste el contrato de concesión 136, en cuanto las partes se gravan y persiguen beneficios o utilidades recíprocos y determinan, con rango de certeza, las prestaciones a cargo de cada una de ellas, en procura de la estimación de aquellos elementos.

“Desde el momento en que la Comisión Nacional de Televisión permite que un ente privado opere y explote un canal de televisión, se afecta en el sentido de que los beneficios inherentes a la explotación directa del canal no los recibe, pero al mismo tiempo la utilidad se refleja en la remuneración que percibe. Por su lado, Caracol se grava patrimonialmente con la suma de dinero pagada o a que se obligó a pagar, pero se beneficia con la explotación comercial del canal.

“La determinación del objeto se convierte en un elemento de certeza que se complementa enseguida con el plazo pactado. Se conoce lo que se persigue ejecutar con el canal asignado en concesión. Pero así mismo, la suma de \$ 117.973.850.000 fija la prestación del concesionario, que en principio tiene que observarse como equivalente o de igual valor con la operación y explotación que se autoriza u otorga del canal.

Contrario a lo señalado por el Tribunal, consideramos que la suma de \$ 117.973.850.000 señalada en el Contrato de Concesión, no tiene la naturaleza de contraprestación para la CNTV por la operación que el particular haga del servicio que le es concedido y por lo tanto no tiene relación con los resultados de tal actividad. Éste valor corresponde a un derecho de entrada para la prestación lícita de una actividad económica que el particular decide asumir sólo en el evento en que libremente opte por acometer tal actividad reservada al Estado.

En efecto, este contrato no incorpora un pago a un particular por un servicio prestado al Estado, como ocurre en otros contratos de concesión, entre los que se destacan los de infraestructuras públicas. Sin perjuicio del análisis que sobre la distribución de los riesgos cabe a este tipo de contratos, habrá de señalarse que en éstos casos existe una relación entre la remuneración percibida por el Concesionario –bien sea por la cesión de tasas, derechos, o por la realización de pagos directos con cargo al presupuesto de la entidad estatal– y la obra o el servicio prestados por éste al Estado.

Así, haciendo abstracción de las diferentes modalidades que puede asumir un contrato de concesión de carreteras, puede afirmarse que en el caso de los contratos de concesión de obra, el valor percibido por el concesionario equivale al valor de la obra y su mantenimiento durante el término de la concesión y a la realización de la operación del negocio. Por supuesto, esta ecuación incorpora la utilidad del concesionario que puede ser mayor o menor de la inicialmente esperada (incluso ninguna pudiendo exponerse el concesionario a un escenario de pérdidas),

dependiendo del devenir económico del contrato.

Sin embargo, **en el caso de la concesión para la prestación de un servicio reservado, no existe tal relación.** La contraprestación debida por el concesionario al Estado en tales casos no equivale al cálculo anticipado de sus flujos futuros, sino a un valor por el derecho a la entrada a un mercado, que los diferentes agentes evalúan si están dispuestos o no a pagar de acuerdo con sus propias estimaciones. No se trata de una contraprestación, sino de una barrera de entrada a un mercado legítimamente intervenido por el Estado, que es eliminada para aquel particular que esté dispuesto a asumir su precio.

De acuerdo con lo anterior, **el contrato si bien es oneroso, debe ser considerado como aleatorio,** pues a cambio de una suma cierta de dinero, el Concesionario recibe la posibilidad de prestar una actividad hasta entonces reservada al Estado, cuyos resultados dependen del comportamiento del mercado y de su habilidad empresarial. Esta situación corresponde de manera exacta a la definición de contrato aleatorio contenida en el artículo 1497 del Código Civil (...).

Esta característica de los contratos de concesión de operación del servicio de televisión, indica además que la voluntad de las partes al momento de de la celebración del contrato, consistió en la eliminación de los riesgos de mercado para la parte que cede la explotación de la actividad reservada (el Estado) a cambio de una suma fija de dinero. **Por su parte, quien asume la actividad reservada y los riesgos del mercado, es libre de desarrollar la actividad comercial por su propia cuenta y sin límite en cuanto a sus beneficios o pérdidas.** A partir de estas reflexiones, uno de los árbitros que profirió el laudo que dirimió las controversias entre la CNTV y Caracol en el año 2001, se apartó de la decisión mayoritaria por considerar que los contratos de concesión de televisión son de carácter aleatorio (...).

Esta misma aproximación fue considerada en por otros Tribunales de Arbitramento para descartar la aplicación de las normas que se refieren al desequilibrio económico del contrato en contratos similares, como es el caso de la telefonía móvil celular, en los que el concesionario paga al Estado un valor de entrada por el acceso al mercado, siendo el resultado de su participación en éste mercado completamente aleatorio:

“En el contrato de concesión que ocupa la atención de este tribunal se pactó como valor, por una parte, la suma de \$ 259.161.000.000. (...)

“En contraprestación, el ministerio se compromete a la asignación de las frecuencias del espectro radioeléctrico con destino a la prestación y explotación del servicio, a no efectuar concesiones con el mismo objeto durante cinco años y a guardar confidencialidad sobre las informaciones que le proporcione el concesionario.

“En estas prestaciones mutuas consiste el carácter oneroso del contrato, con la precisión de que el beneficio económico para el contratista se retribuye mediante el recaudo de las tarifas cobradas a los usuarios, de conformidad con los contratos que celebra con estos y en función de las reglas del mercado (...).

Además, de los ingresos brutos aleatorios del concesionario, el Estado participa en el 5%, de donde resulta que tanto los ingresos del concesionario como los del concedente, son aleatorios.

“En consecuencia, como se ha señalado, el contrato es aleatorio porque una parte del precio depende de los ingresos brutos que obtenga la sociedad Comcel.

Incluso, el más reciente Tribunal de Arbitramento al que se sometió la Comisión Nacional de Televisión, reconoce que en la jurisprudencia y la doctrina extranjera, contratos como el de concesión del servicio de televisión no son susceptibles de la aplicación de los principios del equilibrio económico o de la ecuación contractual, en atención al carácter aleatorio que entrañan para el concesionario, como consecuencia de la estipulación de pago de una suma definida de dinero a la administración, a cambio de la habilitación para la realización de una actividad reservada, cuyos resultados son inciertos. Respecto de este tipo de estipulaciones, denominadas cláusulas a forfait señaló el Tribunal:

“Cláusulas a forfait y contrato aleatorio.

“Resulta conveniente ser totalmente claros en este tema. No se está sosteniendo que la inserción de cláusulas à forfait, incluso redactadas en términos absolutos y definitivos, transformaría en aleatorios a todos los contratos que las contienen. El Código Civil define el contrato aleatorio en dos artículos diferentes. El artículo 1964 establece, en sustancia, que un contrato es aleatorio, cuando al menos una de las prestaciones debidas depende de un evento incierto y el artículo 1104, que el contrato es aleatorio cuando es el peso o alcance de dichas prestaciones lo que depende de un evento incierto....”

Al lado de ese criterio externo, hay otro, interno, que exige que el alea haya sido considerada por la común intención de las partes como un elemento constitutivo de su acuerdo...”

“Pero, al lado de esos contratos puramente aleatorios, hay otros más complejos que resultan de una combinación de un contrato aleatorio y uno ordinario... Es la existencia de estos contratos lo que autoriza la opinión comúnmente extendida según la cual todo contrato puede ser aleatorio.

“Entenderemos, por ello, que allí puede existir una combinación de un contrato ordinario con un pacto aleatorio adjunto. Ese pacto puede, entre otras cosas, ser tácito, si las circunstancias permiten admitir que ciertos riesgos han sido excluidos o aceptados y que, en consecuencia, las prestaciones debidas serán, en una medida más o menos amplia, consecuencia de la realización de tales riesgos...”

“Cuando el empresario se enfrenta a dificultades imprevistas, se comprende que los términos de la cláusula à forfait concebidas para un estado de cosas determinado, no pueden continuar aplicándose... Sin embargo, incluso el desarrollo y el perfeccionamiento de los mecanismos de la teoría de la imprevisión alrededor de los años 1920, no han tenido efecto sobre el principio de la intangibilidad de las cláusulas à forfait.”

Independientemente de nuestras consideraciones sobre la naturaleza de la contraprestación por la asignación de la concesión, debe advertirse que el criterio respecto de su naturaleza, lejos está de ser unánime. **Esta situación pone de presente la eventual necesidad de migrar hacia el esquema puramente regulatorio (concesión por licencia) en el cual las discusiones respecto de la conmutatividad o aleatoriedad de la relación desaparecen**, así como los riesgos que para el Estado entraña tal discusión –págs. 163 a 168-.

Y sobre los riesgos asociados al hecho de concebir el precio que paga el operador por la concesión para operar y explotar el servicio, como una remuneración variable, señala el informe final del consultor:

4.12.2 Incorporación de una Contraprestación Variable

Para abordar este punto, debemos partir del hecho que la forma de pago y la valoración de la nueva concesión son elementos diferentes. En efecto, el primero corresponde a la aplicación de los criterios contenidos en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 –el cual arroja como resultado un único valor–, mientras que la forma de pago de la contraprestación corresponde al mecanismo dispuesto por la CNTV para recibir tales recursos, lo cual puede contener dos elementos: De una parte, una división del pago en el tiempo y, por otra parte, la eventual inclusión de un componente variable en función del desarrollo del contrato.

En cuanto al primer elemento, al referirnos al régimen tarifario indicamos que el pago de la contraprestación podía ser diferido en un periodo de dos años, lo que no obsta para que –si las partes lo estiman conveniente– se establezca un periodo inferior para el pago de tal contraprestación. Así mismo, la CNTV será autónoma para determinar el flujo de pagos durante el periodo establecido por la Ley (mensual, bimestral, semestral, etc...).

En cuanto al segundo elemento, debe considerarse que es posible el establecimiento de una parte variable en la forma de pago de la contraprestación, o una contraprestación completamente variable, lo cual no riñe con el mecanismo de valoración, pues al momento de efectuar tales cálculos, se ha asumido cierto comportamiento de las variables que pueden determinar el resultado del negocio. Así, puede contemplarse la posibilidad de establecer una forma de pago variable en función de los ingresos brutos del concesionario por concepto de cualquier actividad comercial asociada a la explotación del servicio concesionado, lo cual no riñe con la valoración efectuada si se atiende a que la determinación de tal porcentaje se basaría en las estimaciones efectuadas en la propia valoración, respecto del comportamiento de las variables que determinan los ingresos brutos del concesionario.

4.12.2.1 Riesgos de la incorporación de un valor variable como parte de la Contraprestación

No obstante la posibilidad jurídica de incluir un componente variable en la forma de pago de la contraprestación, debe advertirse que de establecerse tal estipulación se introduciría una variación en la distribución de riesgos planteada anteriormente, que si bien no es ilegal, no hace nulo el contrato, ni genera conflicto de orden legal, si debe ser considerada por la CNTV desde la perspectiva económica. En efecto, de establecerse tal disposición, la entidad asume tanto el riesgo positivo como el negativo en cuanto a los resultados de un negocio, al menos en la parte definida como variable en la forma de pago, pese a que el Estado no interviene en la ejecución del negocio. Esta situación puede acarrear que el valor finalmente recibido por la Comisión a título de contraprestación sea diferente del inicialmente estimado, pudiendo ser superior o inferior al mismo.

Adicionalmente, debe advertirse que bajo cierta interpretación, el definir una parte de la contraprestación en función de los ingresos brutos del concesionario, puede evidenciar una relación causal entre el valor total de la contraprestación y el resultado del negocio y por lo tanto, el carácter conmutativo de estos dos elementos, lo cual ha apoyado los fallos arbitrales en los que se ha condenado a la CNTV a indemnizar a los operadores por la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato. –págs. 223 y 224-.

De manera consistente con sus conclusiones, el consultor insistió sobre las prórrogas de las concesiones vigentes y el otorgamiento del tercer canal, mediante licencia. Planteó, también, que si se llegase a optar “...por continuar con el esquema contractual para las concesiones de televisión abierta” –pág. 174-, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 448 de 1998, el Decreto reglamentario 423 de 2001 y el Documento CONPES 3107 de 2001, los riesgos de

demanda de la pauta publicitaria; tecnológicos, que impliquen la prestación de nuevos servicios sustitutos de la televisión nacional abierta; de preferencias de la audiencia; de las variaciones del mercado de contenidos para televisión, inflacionarios, cambiarios, financieros, de construcción, operación y mantenimiento daños y perjuicios ocasionados por terceros; rentabilidad del negocio y regulatorios, incluyendo cambios en la legislación tributaria, ambiental y la normatividad general en materia del servicio, debían ser asumidos por el concesionario, en tanto que dichos cambios, empero asociados a la regulación por “limitación en el tiempo de pauta, o impongan restricciones para la comercialización de productos, diferentes de las vigentes al momento de la celebración del presente Contrato para bebidas alcohólicas, tabaco, armas” y el “riesgo positivo y negativo derivado de la variación de la parte de la contraprestación calculada sobre la base de los ingresos brutos del Concesionario derivados de la explotación de la concesión”, debían ser asumidos por la concedente.

En esta misma línea, en los pliegos de condiciones la entidad demandada asignó al concesionario todos los riesgos del negocio, relativo a la prestación del servicio de televisión nacional de operación privada, con excepción de los atinentes a la variación de los ingresos brutos por la pauta publicitaria y al riesgo regulatorio, que resolvió asumirlos, en estos términos –se destaca-:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: RIESGOS DE LA COMISIÓN. LA COMISIÓN asume el riesgo derivado de las variaciones en la regulación expedida por la COMISIÓN, cuando el objeto del cambio regulatorio implique una limitación en el tiempo permitido para la emisión de pauta publicitaria, o imponga restricciones para la comercialización de productos, adicionales a los vigentes al momento de la celebración del Contrato, **siempre y cuando tales variaciones sean susceptibles de romper el equilibrio económico del Contrato** –según consta en la minuta del contrato publicada con el pliego de condiciones, fl. 685, c.p.1-.

Y, adicionalmente, conforme con el pliego de condiciones y la minuta del contrato del proceso licitatorio sub iudice, la entidad enjuiciada asumiría, en favor del concesionario, los efectos de la entrada al mercado de un nuevo competidor, en los siguientes términos –se destaca-:

CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA.- CONTEXTO DEL MERCADO. Por medio del presente contrato y de acuerdo con los estudios realizados por la COMISIÓN, ésta otorga a favor de EL CONCESIONARIO una concesión para la operación y explotación de un canal de televisión privada de cubrimiento nacional en un contexto de mercado al momento de la adjudicación del contrato, en el que participan EL CONCESIONARIO y dos operadores incumbentes adicionales.

CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- NEUTRALIDAD PARA LA COMPETENCIA. Si como resultado de la adjudicación de un nuevo canal para el servicio de televisión, el nuevo concesionario obtiene condiciones que le otorguen ventajas competitivas frente a EL CONCESIONARIO, éste último tendrá derecho a que se modifique el presente contrato de forma tal que en ningún caso las ventajas competitivas del nuevo canal sobre el de EL CONCESIONARIO resulten de los términos de condiciones de los respectivos contratos de concesión –fl. 696, c.p. 1-.

Ahora bien, los estudios a los que hacen referencia las cláusulas transcritas, señalan que la valoración de la concesión para el nuevo operador se estimó bajo el supuesto de que a este le era factible capturar una tercera parte del total de la pauta publicitaria del país.

Se observa, entonces, que la Comisión Nacional de Televisión pretendía suscribir un contrato

conmutativo y, también, asumir el riesgo de las condiciones del mercado que la misma no regulaba, como era su deber y cuya gestión dejaba enteramente al operador. Y no solo eso, las condiciones de mercado utilizadas para su valoración, esto es proporcional a una tercera parte de los ingresos brutos del total de la pauta publicitaria en el país y a la cláusula de tratamiento especial a un nuevo operador, llevan al entendimiento de que la concedente asumiría de entrada, los efectos de la gestión de un nuevo operador con capacidad de disputar al concesionario el 33% del mercado, sobre el que fue calculado el precio base de la concesión.

Observa la Sala que las disposiciones del artículo 1º de la Ley 448 de 1998 y del Decreto 423 de 2001, en que el consultor fundó sus recomendaciones, se refieren específicamente a los riesgos asociados al cumplimiento de “las obligaciones pecuniarias sometidas a condición” que contraen las entidades estatales y a la política que deben seguir en la estructuración de proyectos de infraestructura con participación de capital privado, sujeta –se destaca- “al principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquellos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad” –Dec. 423, arts. 16 y 17-.

Se destaca, además, que la Constitución Política no reservó al Estado la prestación de los servicios públicos, en cuanto la misma puede ser asumida –se destaca- “directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” –art. 365-. Asimismo, la Ley 182 de 1995, si bien sometió el servicio público de televisión a “la titularidad, reserva, control y regulación del Estado”, i) estableció que su prestación “corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política” –art. 1º- y ii) que cualquiera sea el mecanismo utilizado, esto es contrato o licencia, para conceder la autorización, el concesionario debe pagar una tarifa que debía fijar la Comisión, con sujeción, entre otros criterios, a los requerimientos económicos del servicio a cargo de los operadores públicos y de igualdad entre operadores con concesiones similares –arts. 5º y 48-.

En tanto el ordenamiento no reservó al Estado la prestación del servicio público de televisión, se comprende, entonces, que esa misma ley defina la concesión, mediante licencia o contrato, como –se destaca- “el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio” –art. 110-.

De donde no resulta posible el entendimiento según el cual en virtud del contrato de concesión, sujeto a los alcances del artículo 46 de la Ley 182 de 1995, el concesionario asume una prestación que el Estado remunera. Razón por la que resultan ajenas a la relación jurídica contractual, propiamente dicha, en los términos de la norma citada, la prestación económica e igualmente la sujeción de esta a una condición.

En ese mismo orden, en cuanto por definición legal la concesión no es nada distinto a una autorización individual para el uso del espectro, para la operación y explotación del servicio de televisión, sujeta al pago de una tarifa fijada por el Estado, resulta ajena a las políticas de prevención del riesgo propios de los proyectos de infraestructura, de donde también resulta extraño que la entidad concedente asuma los riesgos propios de ese tipo de proyectos.

Se comprende, entonces, por qué en los términos del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 –se

destaca- “[l]a escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública”, pues, mientras que en el primero de estos procedimientos la escogencia responde a criterios que tienen que ver con la organización, prestación del servicio y protección de los principios que la sujetan, es de la esencia del funcionamiento de la subasta la negociación del precio.

Empero, la Ley 1341 de 2009 introdujo modificaciones sustanciales en la materia. Si bien se mantuvo la obligación legal de pagar una tarifa o derecho por la autorización, estableció como criterio de adjudicación de la concesión la maximización de los ingresos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de la subasta –art. 72-. De donde resulta evidente que, a partir de entonces, no le correspondía a la Comisión Nacional de Televisión la fijación de la tarifa por la licencia o contrato, en tanto el asunto se sujetaría a la interacción de la oferta y la demanda, propia de la subasta y los derechos, tarifas o precios no dependerían de los criterios establecidos en el citado literal g, del artículo 48, en cuanto sujetos a la máxima disponibilidad a pagar, ofertada en la subasta.

En síntesis, aunque las disposiciones que imponen la obligación de pagar una tarifa o derecho por la autorización para operar y prestar el servicio televisión mantienen su vigencia, el quantum de esa obligación debe determinarse mediante subasta que maximice los ingresos para el fondo estatal, de donde el valor final debe ser el resultado de la máxima disposición a pagar ofertada por los interesados, en tanto que la valoración estatal tiene como único propósito establecer una base inicial para la negociación o formación del precio. De donde es infundado pretender la conmutatividad del contrato por el hecho de haberse calculado un precio base, así este sea estimado a partir de los ingresos por la pauta publicitaria, porque i) al margen de que la concesión se otorgue por licencia o contrato, la ley impone la obligación de pagar por la autorización individual; ii) el precio base es simplemente un referente para la maximización de los ingresos estatales por la autorización del servicio y iii) el precio final que debe pagar el adjudicatario corresponde a la máxima disposición que ofreció pagar para obtener la autorización en condiciones de libre competencia y, por tanto, a un criterio de valoración distinto de la estimación del precio base.

Lo anterior, si se considera que i) desde el ámbito legal, lo que paga el operador es el valor de la autorización que le permite explotar el servicio; ii) en virtud de la autorización que otorga el Estado no contrata la prestación del servicio en su favor; iii) la concesión no tiene como fin ejecutar proyectos de infraestructura para el Estado, dado que legalmente está desprovista de la cláusula de reversión en su favor; iv) la gestión del negocio está totalmente en cabeza del prestador del servicio y v) la Comisión Nacional de Televisión dejó a la entera libertad del operador la negociación de las tarifas para la comercialización de la pauta publicitaria, de las cuales se obtienen los ingresos de la explotación del servicio.

Pero es que, además, repugna a la moralidad administrativa, en cuanto i) desdice los más elementales deberes de lealtad y respeto por lo público y ii) subordina los fines estatales a los intereses particulares, que estando sujeta la prestación del servicio a la libre competencia económica desde el ordenamiento superior, se asuma que el riesgo propio de la rivalidad por la clientela, al que está enfrentado el operador privado en su negocio, sea de carácter público y esté comprendido entre las funciones que le corresponde asumir a la Comisión Nacional de Televisión, cuando en realidad las condiciones de prestación del servicio, que se han dejado expuestas, permiten concluir, sin hesitación, que se trata de riesgos asociados al lucro que

constituye el fin principal para el prestador.

En este punto debe enfatizar la Sala que, en tanto la ley impone la obligación dineraria por el solo hecho de permitirse al operador privado el uso del bien y la explotación del servicio, no cabe razón para que el Estado cargue con los riesgos de la libre competencia que debe enfrentar el operador del servicio. Si la obligación de que se trata no está impuesta en la ley como una contraprestación que el concesionario paga al Estado para que este lo libere de los riesgos del mercado, no se acompasa con la moralidad administrativa que sea la entidad estatal quien deba asumirlas.

Ahora, en lo que toca con la autorización de la entrada de nuevos operadores al mercado en competencia, a la Sala no le asiste duda que, en cuanto se trata de un deber impuesto al Estado, no puede concebirse como un riesgo que este deba asumir. Muy por el contrario, se trata de las condiciones impuestas por el ordenamiento superior, a las cuales se sujeta el operador privado desde el mismo momento en que decide hacer de la prestación del servicio su principal actividad económica. En esas condiciones, no se compagina con la moralidad administrativa que la entidad demandada se haya obligado, conforme con el pliego de condiciones y el contrato prometido, a indemnizar al concesionario por el hecho de que en el futuro, en cumplimiento del deber legal, autorice la entrada de nuevos prestadores por razón de las necesidades del servicio.

En efecto, el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 desarrolló la libertad económica en el sector, garantizando el “derecho de operar y explotar medios masivos de televisión”, para lo cual impuso al Estado el deber autorizarlo, con sujeción a las posibilidades del espectro electromagnético, las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo.

En efecto, de tal claridad es la norma en cita –se destaca–:

“ARTÍCULO 29. LIBERTAD DE OPERACION, EXPRESIÓN Y DIFUSIÓN. El derecho de operar y explotar medios masivos de televisión **debe ser autorizado por el Estado, y depender de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo.** Otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. **En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión**”.

Por su parte, el artículo 22 ibídem, definió la televisión nacional de operación privada, como una –se destaca– “alternativa privada y abierta al público **para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional.**”

En ese orden, el número de competidores, esto es de prestadores autorizados para operar y explotar el servicio no puede depender de una decisión discrecional de la Comisión Nacional de Televisión, sino que debe estar determinado en función de los criterios objetivos definidos por la ley.

En este mismo sentido, ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación que, en materia de prestación del servicio de televisión, las limitaciones provienen principalmente de las restricciones tecnológicas en el uso del espectro electromagnético, sin referirse a otras de carácter puramente discrecional, como las asociadas a privilegios que tienen que ver con el otorgamiento de la exclusividad, la repartición del mercado entre los operadores o limitaciones a la entrada.

En este sentido es enfática la jurisprudencia de la Corte Constitucionale –se destaca–:

En tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público **técnicamente restringido** como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo (...).

Si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que "todos" los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, **un sistema** que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, **sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta.**

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática al señalar que la limitación del número de prestadores del servicio, en cuanto implique restricciones a la libre competencia debe estar fundada en razones de interés general y sujeta a los principios de proporcionalidad y racionalidad.

En este sentido el siguiente pronunciamiento:

El actor funda este cargo en que la restricción al número de operadores, el canon inicial de concesión y la dedicación exclusiva al tipo de servicio que se exige a los futuros concesionarios, lesionan el derecho a la libre empresa y alteran la libre competitividad, porque afectan los valores del servicio frente al usuario.

La Sala reitera lo expresado por esta Corporación en anteriores providencias, en las cuales se consideró que la regulación del uso del espectro electromagnético, mediante requisitos relativos al número de concesionarios, al costo de la licencia de concesión y a la limitación de las actividades de los nuevos concesionarios, mas que contrariar las normas superiores que regulan la materia, la desarrollan.

La libre competencia económica es un derecho individual y también colectivo (artículo 88 de la Constitución), que tiene por objeto el logro de 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.

El ejercicio de tal derecho impone la actuación del Estado, quien 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

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C 333 12 de mayo de 1999, en la que para definir el concepto de libertad económica dijo que:

(...) si bien la libertad de empresa, la libre competencia y la libre iniciativa privada encuentran amparo constitucional, la Carta no se circunscribe a asegurarlas de manera absoluta, sino que pretende igualmente otorgar al Estado y a la comunidad, mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. Por ello, la búsqueda de transparencia, la solidaridad, la interacción de los diferentes agentes y unidades económicas dentro de esquemas que promuevan la prosperidad general, la limitación en el ejercicio del poder monopolístico y del abuso de la posición dominante en el mercado, entre otros, **son elementos que permiten limitar la libertad económica y de empresa**” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de mayo 12 de 1999. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

La Sección Primera de la Corporación también se ocupó del tema cuando analizó un cargo similar al que ahora se estudia, en sentencia proferida el 14 de julio de 1995, expediente 3072, en la que afirmó que la CRT tiene a su cargo la función de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y de proponer y adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, a cuyo efecto puede establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho de usar las redes de telecomunicaciones.

Dijo respecto de la regulación del número de operadores:

“Por lo demás, la fijación de un número de operadores puede ser una política general de administración y control en procura de la calidad y eficiencia del servicio público de telecomunicaciones e impedir abusos de posición dominante dentro de la competencia de las distintas empresas prestatarias del servicio.

La fijación de un número limitado de concesionarios es, a la luz de lo dispuesto en el literal c) del artículo 74 de la ley 142 de 1994, una función de la Comisión equivalente a establecer un requisito general a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a usar las redes de Telecomunicaciones del Estado.

El espectro electromagnético es elemento esencial del servicio de telecomunicaciones cuyo uso debe ser regulado habida cuenta de que es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (art. 75 C.N.).

La Corte Constitucional (sentencia T - 081 de 26 de febrero de 1993), ha expresado que, 'las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por parte de los particulares obedecen a que éste es parte del territorio colombiano (art.101 C.N.) y pertenece por lo tanto a la Nación (art. 102 C.N.). **Razones de soberanía y seguridad, así como los principios de pluralismo informático, democracia participativa, e igualdad justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales.** De otra parte factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las condiciones óptimas de transmisión y de uso adecuado de este bien público'.

Así mismo la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su artículo 33 al tratar sobre la 'utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios', **recomienda a los países miembros limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios y tener en cuenta en la utilización de bandas de frecuencia para las**

radiocomunicaciones 'que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que **deben utilizarse en forma racional, eficaz y económica**, de conformidad con lo estatuido en el Reglamento de radiocomunicaciones para **permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países**.'”

Las anteriores consideraciones fueron reiteradas por esta Sección en las sentencias 11744 y 11856 de 2000, ya reseñadas, en las que se acogió también la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se afirmó que el derecho a la libre competencia económica no es absoluto, ni constituye una barrera infranqueable a la intervención del Estado; **que la libertad se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional, por la prevalencia del interés colectivo y por los principios de razonabilidad y de proporcionalidad; que la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios**, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución y que la ley 142 de 1994 reconoce a todas las personas el derecho a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites del bien común (art. 10) en aplicación clara de la libertad de empresa.

Y a juicio de la Sala, no puede ser de otra manera, si se considera que, sin perjuicio de las restricciones técnicas que limitan el uso del espectro electromagnético, el artículo 334 de la Constitución Política reservó a la ley la limitación de la libertad y competencia económicas, por razones que tienen que ver exclusivamente con el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En ese orden, huelga concluir, sin hesitación, que no le resultaba posible a la Comisión Nacional de Televisión renunciar o limitar el ejercicio de la facultad de intervención estatal de autorizar de la entrada de nuevos competidores, so pretexto de que los prestadores del servicio pagaron por la autorización para explotar el servicio, pues una actuación en tal sentido constituye un repudiable sometimiento de los fines del Estado a los intereses netamente particulares del prestador del servicio.

Lo anterior pone de presente que, en tanto los criterios relacionados con las necesidades del servicio, la disponibilidad del espectro y la prestación eficiente y competitiva envuelven aspectos técnicos y económicos, su verificación debe estar sujeta a unas reglas, metodologías y procedimientos claros, de manera que su aplicación produzca resultados reproducibles o constatables, condición necesaria para la transparencia y seguridad de las decisiones en esa materia, determinante de la libre competencia y del pluralismo informativo del servicio. La ausencia de esos elementos para verificar las razones objetivas que ameritan la entrada de nuevos operadores, genera oposición, inseguridad y falta de transparencia, como lo reiteraron los interesados, justificadamente, a juicio de la Sala, en distintas etapas del proceso licitatorio del que se trata.

En ese mismo sentido, destaca la Sala que la ausencia de reglas generales en aspectos determinantes de la organización del mercado y la regulación del servicio, como los que tienen que ver con las condiciones objetivas para la definición de la entrada de nuevos operadores y la definición de la tarifa o el precio base de la concesión por la operación y explotación del servicio, necesarias para la adjudicación del tercer canal en condiciones de libre competencia, se constituye en una grave irregularidad que limita la concurrencia para la adjudicación de la concesión sub iudice.

Empero, contrariando los expresos deberes que en la materia le son exigibles, contrató una consultoría para la –se destaca- “valoración de las prórrogas de las concesiones y el estudio de viabilidad para la entrada de un tercer operador”, priorizando las necesidades del servicio en razón de criterios puramente económicos, relacionados con la exclusividad del mercado o la limitación del número de operadores, como lo señaló la firma consultora en su informe final. Esto precisamente, por ausencia de criterios generales de carácter regulatorio que permitan cumplir el mandato legal de autorizar la prestación del servicio en condiciones objetivas.

Por otra parte, el Plan de Utilización de Frecuencias, adoptado por la Comisión Nacional de Televisión da cuenta de la disponibilidad de distintas frecuencias. Asimismo, el informe final de la consultoría reitera sobre la posibilidad de que, desde el punto de vista técnico, del uso del espectro electromagnético, entren nuevos prestadores del servicio de televisión nacional de operación privada y señala que las consideraciones del estudio resultan aplicables “en el evento que, con fundamento en los análisis objeto de la presente consultoría y los demás efectúe la Comisión Nacional de Televisión, directamente o a través de sus contratistas, se decida la contratación de más de un concesionario diferente de los actuales” –pág. 213-. Empero, a solicitud de la entidad enjuiciada, el consultor propone un análisis de viabilidad financiera de la entrada de nuevos operadores, a partir del supuesto predeterminado de que el ingreso del nuevo competidor es viable si este tiene la –se destaca- “capacidad de generar una tasa de retorno positiva **teniendo en cuenta el pago de una licencia a la Comisión Nacional de Televisión**”, valorada a partir de una metodología de flujo de caja libre, con la estimación de los ingresos por la pauta publicitaria, utilizando para el efecto una información respecto de la que no se tiene certeza de su veracidad en lo relativo al volumen de ventas y a las tarifas o precios reales, además de utilizar un escenario de demanda asociado a las restricciones de oferta presentes, que el mismo consultor puso de presente, para concluir que en esas condiciones es inviable, desde el punto de vista financiero y bajo los mencionados supuestos modelados, la entrada de más de un nuevo operador. Y en ese sentido procedió la entidad enjuiciada.

En esas condiciones huelga concluir que la Comisión Nacional de Televisión definió la entrada de los prestadores del servicio, a partir de criterios subjetivos, puramente discrecionales, ajenos a los que la sujetan legalmente en el ejercicio de la función de regulación. De donde los efectos de la entrada de nuevos operadores -que la enjuiciada en este proceso decidió asumir, como lo convino en la cláusula de condiciones del mercado contenida en la minuta del contrato, en beneficio del concesionario y en contra de los fines estatales-, lejos de constituir un verdadero riesgo asociado a los intereses generales del servicio, comprendido entre las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, en realidad constituye un privilegio injustificado en favor del prestador.

Es que no se acompasa con el deber del Estado de autorizar la explotación con sujeción a las necesidades del servicio, a la disponibilidad del uso de espectro y a la eficiencia y competitividad, que la entidad enjuiciada condicione económicamente el ejercicio de esa función, al punto que decida no permitir el ingreso de nuevos prestadores.

Similares razonamientos caben en relación con la asignación de los riesgos derivados de los cambios normativos en las condiciones de ausencia regulatoria propiciada por la entidad enjuiciada, si se considera que a sabiendas de que la regulación, a través de normas que rijan en igualdad de condiciones, es necesaria para la prestación del servicio, como se ha señalado a lo largo de esta providencia, la entidad enjuiciada, enterada de los vacíos normativos existentes, prefiera otorgar primero la concesión, asumir los efectos económicos que pueda producir la

nueva normatividad, para luego proceder a expedirla.

Ahora, no desconoce la Sala que, en virtud del principio de confianza legítima la autoridad no puede sorprender a los administrados con cambios intempestivos, ni imponerles sacrificios más allá de los necesarios para la realización de los fines públicos, como lo viene reiterando la jurisprudencia de esta Corporación, razones por las que la agencia regulatoria debe prever los regímenes de transición normativa que consulten los intereses legítimos de los prestadores del servicio. Empero, no se acompasa con los fines estatales que la entidad enjuiciada decida otorgar primero la concesión, postergando el cumplimiento del deber de establecer la regulación general del servicio y que, en esas condiciones, asuma el riesgo de los cambios normativos, porque en las condiciones verdaderamente preocupantes de ausencia de normatividad evidencias a lo largo del sub lite, puede resultar monetariamente más ventajoso para la agencia estatal renunciar a regular que pagar los efectos de los cambios normativos, por haberse obligado a asumirlos; amén de que, como se viene reiterando, se trata de un negocio cuyo lucro está enteramente a cargo del particular.

La Comisión limitó injustificadamente la concurrencia en la etapa de registro de los interesados

El actor popular aduce que la entidad demanda limitó arbitrariamente la concurrencia al proceso licitatorio sub judice, en cuanto fijó un término perentoriamente corto para que los potenciales oferentes pudieran inscribirse en el registro único de operadores, al tiempo que negó la posibilidad de que nuevos interesados pudieran hacerlo antes de que se abriera por segunda vez la licitación sub judice. Por su parte, la entidad enjuiciada entiende satisfecho el requisito de pluralidad de concurrencia en cuanto inscribió a tres interesados, distintos de los concesionarios actuales.

Para la Sala, la aplicación de las barreras de entrada al mercado establecidas legalmente, en tanto limitaciones a la libertad y competencia económicas, están sujetas a los criterios de racionalidad y proporcionalidad y al margen de la discrecionalidad.

En ese orden, si bien las disposiciones del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 exigen que los interesados estén inscritos, calificados y clasificados en el registro único de operadores del servicio de televisión antes del acto de apertura de la licitación, no le resultaba posible a la Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de las facultades conferidas en la materia, limitar discrecionalmente las posibilidades de concurrencia de los interesados en la adjudicación de la concesión.

En esa misma orientación, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 exige que, con la finalidad de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, se promueva ampliamente la participación plural de interesados en la banda de frecuencias. No otra cosa puede entenderse de las disposiciones en cita que disponen que –se destaca– “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”.

De donde el entendimiento en el sentido de que la exigencia de concurrencia se agota con la verificación de un número plural de interesados inscritos, no se acompasa con la finalidad de las disposiciones en cita. En efecto, estando a cargo de la Comisión Nacional de Televisión el objetivo legal de asegurar la transparente asignación de las bandas de frecuencia y la

maximización de los ingresos estatales, el deber de determinar si existe un número plural de interesados, impone que esa entidad adelante actuaciones positivamente encaminadas a crear las condiciones que propicien, esto es promuevan, la concurrencia, para lo cual no puede i) ahorrarse esfuerzos en una amplia convocatoria en la etapa previa del registro, ii) establecer términos excesivamente cortos para la inscripción y iii) cerrar injustificadamente el acceso al registro.

Los elementos probatorios obrantes en el proceso ofrecen certeza en cuanto a que, mediante el acuerdo 001 del 11 de abril de 2008, la Comisión Nacional de Televisión limitó el término para la inscripción al registro único de operadores a 75 días calendario, contados desde el 15 de abril siguiente, decisión que, a todas luces, adolece de falta de racionalidad y proporcionalidad, si se considera que entre la fecha en que la demandada adoptó la decisión de que Colombia tendría un tercer canal de televisión, esto es el 9 de agosto de 2007 y el 29 de octubre de 2009, cuando abrió la licitación, transcurrieron más de dos años y dos meses.

Asimismo, obra evidencia probatoria en el proceso que da cuenta de que con posterioridad a la revocatoria de la licitación abierta en octubre de 2009, la Comisión resultó indiferente a las observaciones con las que los interesados la cuestionaron, por no permitir el acceso a la inscripción en el registro antes de abrir por segunda vez el proceso licitatorio. Para la Sala resulta claro que, acorde con las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la entidad enjuiciada estaba obligada a abrir nuevamente el acceso al registro único de operadores, pues, con independencia de que tuviera conocimiento o no de nuevos interesados, sobre ella gravitaban los deberes de promover y garantizar la concurrencia.

Siendo así, huelga concluir que en tanto la entidad enjuiciada actuó prevalida del afán de adjudicar el tercer canal, con repudio por los criterios de racionalidad y proporcionalidad que la sujetan en la fijación de los términos para acceder a la inscripción en el registro y por los deberes que le son exigibles en materia de promoción de la concurrencia, las actuaciones con las que limitó el acceso al registro resultan abiertamente contrarias a los fines estatales y, por ende, violatorias de la moral administrativa.

La entidad enjuiciada actuó contra el deber legal de maximizar los ingresos estatales

El actor popular aduce que la Comisión Nacional de Televisión vulneró la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en tanto i) la subasta con un único oferente no permite la maximización de los ingresos para las arcas estatales, como lo pone en evidencia la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones que, por razones de ilegalidad, declaró la Sala Plena de esta Corporación, al encontrar que esas disposiciones violaban abiertamente el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en tanto permitían la adjudicación con un único oferente y ii) no valoró adecuadamente la concesión, dado que la enjuiciada estableció un precio base para la subasta sustancialmente más bajo que el calculado para la prórroga de las concesiones vigentes.

Por su parte, la Comisión Nacional de Televisión esgrime en su defensa que i) cumplió el deber de maximización de los ingresos al establecer que el proceso de selección permitiría a varios oferentes pujar en tres rondas, con cualquier oferta que supere la base de la concesión o el del cierre de la ronda anterior, salvo que el valor de la segunda oferta presentada por uno de los proponentes llegare a superar un 30% o más al del otro proponente, caso en el cual se cerraría la subasta en esa ronda y que, de existir un solo oferente, el precio de la concesión sería el fijado como la base, más un 10%, pues así le corresponde legalmente establecerlo en virtud de la autonomía de la que goza y ii) que las actualizaciones en el precio base se debieron a ajustes propios del comportamiento de las variables utilizadas en la metodología de valoración.

Como ya se expuso, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 exige que los ingresos que debe percibir el Estado por la asignación de la banda de frecuencias y la explotación del servicio, se maximicen, mediante mecanismos de selección objetiva, en condiciones de libre competencia, entre ellos la subasta.

Entiende la Sala que, conforme con los postulados de la ciencia económica, la subasta permite maximizar los ingresos en un ambiente de libre competencia, en cuanto la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de incertidumbre sobre el precio final, lleva a que los participantes adopten como estrategia dominante, de cara a obtener la adjudicación, revelar, esto es, ofertar el valor máximo que están dispuestos a pagar por el producto.

Y como señala la doctrina, la interacción entre la oferta y la demanda es determinante del precio en condiciones de equilibrio –se destaca-: “[e]n un mercado **la interacción de productores y consumidores determinan el precio al que se vende un producto**, así como la cantidad comprada y vendida del mismo, es decir el precio y la cantidad de equilibrio.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional enfatiza que una de las razones de ser de la protección constitucional de la libre competencia tiene que ver con la sustitución de la fijación arbitraria de los precios de los bienes o servicios, por la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio.

En esa línea, el siguiente pronunciamiento –se destaca-:

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.

Siendo así, la Sala concluye, sin hesitación, que al tenor de las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, el precio de la asignación de las frecuencias y la explotación del servicio de televisión, debe resultar de la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio, lo que de plano descarta su fijación arbitraria por parte de la Comisión Nacional de Televisión.

De donde no se acompasa con estos postulados que la entidad enjuiciada haya limitado injustificadamente las rondas de la subasta, disponiendo el fin de la puja cuando uno de los oferentes revele disposición a pagar superior al 30% del precio base, si se considera que i) como lo señalan los criterios que se acaban de resaltar, la fijación del precio debe ser el resultado de la libre interacción de la oferta y la demanda, en condiciones de equilibrio y no de límites arbitrarios y ii) las razones a las que la demandada acudió para justificar esa limitación, a juicio de la Sala carecen de seriedad.

En efecto, el material probatorio da cuenta de que, en respuesta a las observaciones formuladas en la audiencia adelantada con el fin de identificar y asignar los riesgos del contrato, en el sentido de que la limitación impuesta para que la subasta no maximizara en más de un 30% el precio base resultaba injustificada, porque que la experiencia muestra una tendencia a superar en todos los casos ese porcentaje, si estos procesos se adelantan en condiciones adecuadas de competencia, la Comisión Nacional de Televisión se limitó a señalar que esa regla cumplía el

criterio de maximización de los ingresos, en cuanto incentivaba, desde la primera ronda, el incremento del 30% o más del precio base, como lo demuestra un estudio que recoge las experiencias en materia de subastas de telefonía móvil.

Empero, no se conocen análisis de sensibilidades, corridas de modelos, escenarios u otros estudios que confirmen los supuestos efectos de la condición inamovible impuesta por la entidad demandada a la Subasta, en el sentido señalado y desvirtúen los resultados exitosos de los procesos de subastas adelantados en los otros sectores de que dieron cuenta las observaciones traídas al proceso licitatorio por los interesados. Y, muy por el contrario, a la luz de los recientes resultados de la subasta adelantada para conceder las licencias de uso del espectro con servicios de cuarta generación (4G), en la cual se superó en 70% las expectativas iniciales de recaudación <http://www.mintic.gov.co/index.php/proceso-subasta-4g-noticias/2290-gobierno-adjudica-licencias-de-4g>, resultan contraevidentes los supuestos a partir de los cuales la enjuiciada justificó las limitaciones cuestionadas.

En esa misma línea, además de que la Sala Plena de la Corporación anuló el numeral 4.11 del pliego de condiciones, cuyas disposiciones permitían la adjudicación al único oferente, por violar abiertamente el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, encuentra la Sala que también la entidad enjuiciada actuó de manera contraria a la moralidad administrativa, en cuanto dispuso esa adjudicación con un precio fijado arbitrariamente, esto es, sin la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio y sin incentivos para que el interesado revele cuál es su máxima disposición a pagar, aspectos estos determinantes de la eficacia del deber de maximizar los ingresos estatales que sujeta la asignación del bien público.

En ese orden, la Sala concluye, sin hesitación, que lejos de sujetarse a los fines estatales, la entidad enjuiciada actuó movida por el otorgamiento de un privilegio, pues no otra cosa puede entenderse de las razones en las que pretendió justificar el pliego en este sub lite, en el sentido de que el 10% no equivale a cualquier otro porcentaje porque “precisamente (...) constituye una decisión discrecional de la CNTV”, que considera proporcional al privilegio reconocido al concesionario por ser el único proponente –fls. 314 y 323 c.p.-.

La Comisión actuó al margen del deber constitucional de transparencia en la definición de las frecuencias objeto de la concesión

A juicio del actor popular, la Comisión Nacional de Televisión vulneró la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en cuanto faltó a la transparencia en la definición de las frecuencias del tercer canal y la reasignación a este del canal 13 a cargo de Teveandina, sin incluir en el precio base de la subasta los costos que esa decisión le ocasiona a este operador público.

El material probatorio que obra en el expediente ofrece certeza en cuanto a que el proceso de licitación del nuevo canal de televisión nacional de operación privada se inició con el ofrecimiento de asignarlo en la banda de frecuencia ultra –UHF-, empero, con la intención de reasignarlo por fuera del proceso licitatorio, al canal 13 asignado al operador público Teveandina. Situación que, aunque se hizo evidente con las múltiples observaciones presentadas por los intervinientes en las distintas etapas de la licitación, solo a partir de los requerimientos de la Procuraduría General de la Nación, se incluyó formalmente en la licitación pública n.º 002 de 2010.

Y pese a que en el sub judice la demandada esgrimió en su defensa que la decisión de

reasignación obedeció a la voluntad del operador público del canal 13, para acogerse al plan de digitalización del servicio, observa la Sala, a partir de los elementos probatorios del plenario, que lo afirmado no fue más que un recurso al que acudió la demandada con el objeto de no hacer públicas las maniobras dirigidas a liberar el canal público, para asignarlo al nuevo adjudicatario privado.

En efecto, de conformidad con el pliego de condiciones y la minuta del contrato publicado con el acto de apertura, la licitación pública n.º 001 de 2009 tuvo como objeto la concesión para la operación y explotación del tercer canal de televisión de operación privada con cubrimiento nacional, sujeta a la asignación de frecuencias de que trata el Plan de Expansión de la Cobertura de Televisión de Red Analógica y de Red Digital, sin perjuicio de la facultad que se reservó la demandada de reasignar las frecuencias para las transmisiones analógicas.

Así lo refiere el pliego de condiciones –se destaca-:

8.3. Asignación de Frecuencias.

La asignación y uso de las frecuencias asignadas, independientemente de que ellas sean utilizadas o no por el Concesionario, dará lugar al cobro de las tarifas establecidas en la Resolución No.429 del 18 de septiembre de 1.997 de la Comisión Nacional de Televisión, partiendo de la actualización realizada por la Comisión Nacional de Televisión para el año 2.009, o de las que las adicionen, modifiquen o ajusten, y será cancelada por el Concesionario anualmente, en la forma allí establecida.

Las frecuencias asignadas por la Comisión Nacional de Televisión para el Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3 se encuentran enunciadas en el Plan de Utilización de Frecuencias determinado por la Comisión.

Sin embargo, tales frecuencias podrán ser modificadas en cualquier momento a partir de la Adjudicación o se podrán asignar otras, debiendo el concesionario asumir las consecuencias que dicha decisión genere –fls. 656 y 657, c. prb. 5-.

Y en la minuta del contrato objeto de la licitación 001 de 2009, se lee:

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO. El objeto del presente contrato es el otorgamiento, por parte de LA COMISIÓN, y a favor de EL CONCESIONARIO, de una concesión para operación y explotación de un canal nacional de televisión de operación privada de cubrimiento nacional, el cual para efectos del presente contrato corresponde al que en la Licitación No. __ del 2.009 se denominó No.3.

PARÁGRAFO PRIMERO. Para efectos del presente contrato se entenderá como canal aquella parte del espectro electromagnético asignado a EL CONCESIONARIO para que opere y explote el servicio de televisión abierta y radiodifundida, independientemente de la tecnología que se use para ello.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El servicio de televisión objeto de ésta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el canal nacional de televisión de operación privada No.3, de acuerdo con el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión que defina LA COMISIÓN.

PARÁGRAFO TERCERO. EL CONCESIONARIO tendrá a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación

del canal asignado, manteniendo la cobertura de televisión analógica existente a la fecha de firma de ésta prórroga y dando aplicación al Plan de Expansión de Cobertura que forma parte integral del presente contrato como Apéndice No.1. EL CONCESIONARIO será programador, administrador y operador del canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.

El servicio de televisión que presta EL CONCESIONARIO estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de LA COMISIÓN –fl. 559 y 560, c. prb. 5-.

Según da cuenta el Plan de Expansión de la Cobertura de Televisión de Red Analógica y de Red Digital, adoptado mediante el Acuerdo 003 del 4 de junio de 2009 expedido por la demandada e incorporado en el Anexo 8 del pliego de condiciones, i) el espectro radioeléctrico para el servicio de televisión se reordenó a partir de ese acuerdo, proponiendo “el uso intensivo de la banda de VHF” e introduciendo el uso de la banda de UHF y de la tecnología asociada; ii) los canales 2 a 13 se utilizan en la banda de frecuencia muy alta (Very High Frequency-VHF), mientras del 21 al 69 corresponden a la frecuencia ultra alta (Ultra High Frequency-UHF); iii) los canales nacionales privados RCN y Caracol están asignados predominantemente en VHF; iv) los demás canales nacionales privados serán asignados en UHF y v) el n° 13 –en VHF- está asignado al “Canal Regional Teveandina” –fls. 720 y ss, c. prb. 5 y págs. 1 a 163 del Anexo 2 del Acuerdo 003 de 2009-.

En la audiencia de observaciones al pliego de condiciones de la licitación 001 de 2009, la sociedad Promotora Audiovisual de Colombia S.A. puso de presente que i) las mayores inversiones en transmisores para contrarrestar el efecto Doppler, en el posicionamiento y penetración del canal en el mercado de la televisión y en las antenas para que los usuarios reciban la señal, requeridas para operar en UHF, pone en desventaja al tercer canal frente a los operadores establecidos que operan en VHF, haciendo que “...no sea viable, en cuanto [se] estima que no se va a lograr la audiencia proyectada, no se van a lograr los ingresos previstos, y no se tendrán los recursos para invertir en la parrilla de programación para competir con los actuales concesionarios”; ii) el supuesto en el sentido de que “en el segundo año el tercer canal tendrá una tercera parte de la audiencia”, del que parte el estudio de valoración de la concesión, es imposible de cumplir, como lo hizo saber a la Comisión Nacional de Televisión el consultor Alberto Carrasquilla, lo cual “tendría un efecto sobre el valor de la licencia importante” y iii) la penetración del 70% del servicio de televisión por suscripción haría necesario ubicar el nuevo canal “en la misma zona en donde los actuales usuarios reciben a los canales Caracol y RCN”, lo cual significaría “perjudicar al 30% de la población que no tiene acceso al cable negándole la posibilidad de recibir en buenas condiciones el tercer canal”. Razones por las que solicitó que “...se le asigne al tercer canal una frecuencia o frecuencias suficientes en VHF, de tal forma que puedan competir desde el punto de vista tecnológico en un mismo plano con los actuales concesionarios” –fls. 512 a 526, c. prb. 5-.

En respuesta, la demandada señaló que –se destaca- “...las limitaciones actuales del espectro electromagnético impiden que en este momento se encuentren disponibles frecuencias VHF. Esta circunstancia fue expresamente tomada en consideración por las Bancas de Inversión que prepararon el modelo conjunto de valoración, y por ende, dicha valoración incluye las incidencias que se derivan de la asignación de frecuencias UHF. En todo caso la Comisión considera que la antenización no es un costo del operador del servicio de televisión” –en: “Respuesta a las observaciones al proyecto del pliego de condiciones para la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada de Cubrimiento Nacional” - fl. 419, c. prb. 5-.

Pese a que en las reglas de la licitación n.º 001 de 2009 la Sala no encuentra que esté tratada de manera clara, como lo exige el ordenamiento, la reasignación del canal 13 al nuevo adjudicatario, en la audiencia de asignación de riesgos del 3 de noviembre de 2009, la sociedad Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A. puso de presente la falta de transparencia en lo relacionado con la asignación de las frecuencias, así –se destaca–:

Existe todavía incertidumbre y claridad sobre la definición de las frecuencias para la asignación del tercer canal.

Si se recuerda que el artículo 88 del Decreto 2474 de 2009 define los riesgos previsibles como “aquellas circunstancias que podrían alterar la ecuación financiera del contrato... en la medida que el(los) mismo(s) sea (n) identificable(s) y cuantificable(s) por un profesional de la actividad en condiciones normales”, se concluye fácilmente que la asignación de las frecuencias constituye un riesgo previsible que debió ser tipificado en el Contrato de Concesión. Y anoto yo, máxime cuando se ha expresado a través de los medios de comunicación que por el momento podrían ser unas las frecuencias a utilizarse básicamente en UHF, **pero que posteriormente cabría la posibilidad de que se acudiera a la obtención de frecuencias en VHF.**

En efecto, como es de conocimiento de la CNTV, y tal y como ha sido reiterado en innumerables oportunidades por todos los interesados en el Proceso Licitatorio, la definición del número y proporción de frecuencias en VHF y UHF que recibirá el Tercer Canal, comparada con las que utilizan los actuales concesionarios de televisión abierta privada nacional, los actuales concesionarios, resulta fundamental para hacer el análisis costo-beneficio para la operación de la concesión y por tanto para determinar el valor que los proponentes estarían dispuestos a pagar por ella. Es claro entonces que la frecuencia a utilizar afecta de manera directa la ecuación financiera del contrato.

Por otra parte, es evidente que se trata de un riesgo previsible. Existen muchos estudios que prueban los efectos comerciales de la ubicación en el dial de los televisores en la sintonía de un canal por parte de los televidentes, así como el consecuente impacto que esto tiene en los anunciantes –fl 23, c. prb. 6–.

En respuesta a estos graves señalamientos de falta de transparencia, la demandada se mantuvo indiferente, limitándose a manifestar que en tanto los supuestos iniciales eran los de que el canal se asignaría en la banda UHF, no encontraba razón a los cuestionamientos relacionados con los posteriores cambios de frecuencia.

Así lo refiere la respuesta de la Comisión Nacional de Televisión a las sociedades Promotora Audiovisual de Colombia-PACSA S.A., Inversiones Rendiles S.A., Canal 3 de Colombia S.A., RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A., con fecha 9 de noviembre de 2009:

5. Falta de inclusión del riesgo derivado de las frecuencias

PACSA S.A. manifestó que, a su juicio, la identificación de los riesgos realizada por la CNTV es insuficiente, en la medida en que no se identificó el riesgo derivado del hecho de la explotación y operación del tercer canal se deba hacer en frecuencias UHF.

A ese respecto, la CNTV pone de presente que ella no considera que el hecho de que la explotación y operación del tercer canal privado de cubrimiento nacional se vaya a hacer en las frecuencias UHF, implique un riesgo para el eventual concesionario de dicho canal. En ese sentido, la CNTV recuerda que desde el momento en que se inició el proceso que llevó a la

apertura de la Licitación 001 de 2009 ese fue uno de los parámetros del proceso, y por ello se reitera lo manifestado en los estudios de valoración realizados por las bancas de inversión en cuanto a que, a su juicio, los supuestos de penetración en el mercado en los que ellos se basan pueden darse en frecuencias UHF, y que la circunstancia de tener que radiodifundir esas frecuencias no genera desventaja alguna a cargo del futuro concesionario –fl. 194, c. prb. 6-.

El día siguiente, la Procuraduría General de la Nación requirió a la entidad licitante para que definiera las frecuencias para el tercer canal y actualizara el precio base de la concesión y ante la reticencia de la demandada y los reparos adicionales de la Contraloría General de la República, estas mismas razones llevaron a que el ministerio público recomendara la revocatoria del proceso, a la postre dispuesta por la Comisión Nacional de Televisión.

Ahora, las actas de las sesiones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión durante los meses de marzo y abril de 2010, esto es, con posterioridad a la revocatoria de la licitación pública 001 de 2009, dan cuenta de que esta entidad i) buscó y materializó las formas que le permitieran liberar el canal 13 de Teveandina, para reasignarlo al nuevo operador privado, ii) consideró que debía analizarse los pagos a Teveandina que podría ocasionar la reasignación y, iii) una vez encontrada la forma para lograr el objetivo, consideró que ante la opinión pública debía enfatizarse en que la reasignación del canal tenía que ver específicamente con la decisión de Teveandina de acogerse al plan de digitalización.

En efecto, las pruebas allegadas al proceso permiten conocer que la entidad demandada al abordar lo relacionado con el “avance tercer canal”, trató en varias oportunidades la reasignación del canal de Teveandina al nuevo operador, hasta lograr que el Ministerio y el operador público accedieran en ese sentido, así:

en la sesión del 2 de marzo 2010, el asesor externo encargado del tema informó a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tener –se destaca- “...algunas dificultades en el tema de frecuencias en lo relacionado con la figura para poder contar con la frecuencia VHF de Teveandina y de igual modo el tema de acceso a las redes. Los temas que deben ser definidos para continuar con el proceso son los siguientes: precisión marco jurídico de la asignación, valoración y pago de los costos a Teveandina. (...) La Junta Directiva, de manera unánime da por recibido el informe verbal de avance del proceso de tercer canal presentado por el Dr. Carlos Gustavo Arrieta” –acta n.º 1594, fls. 205 y 206, c. prb. 2-;

en sesión del día 11 siguiente –se destaca-, “[l]a Junta Directiva, de manera unánime determina, realizar una reunión con el Ministerio de Tics (sic), para precisar los términos de la reasignación de frecuencia del Canal Teveandina” –acta 1597, fl. 511, c. prb. 2-;

el 6 de abril de 2010, el asesor externo informó a la Junta Directiva que “se cuenta con un proyecto de resolución en la que se asigna el canal 18 a Teveandina, queda pendiente la resolución que deja disponible la frecuencia del canal 13, ambos proyectos están siendo analizados por parte del Ministerio de Tics”; se acordó que “[l]a Comisionada Any Velásquez Pérez, se encargaría de ayudar a gestionar ante el Ministerio de Tics, el procedimiento para la nueva asignación de la frecuencia de Teveandina” y que “[l]a Oficina de Planeación debe preparar los soportes del informe firmados por los doctores Andrés Escobar y Andrés Tamayo, el informe al Dr. Alberto Carrasquilla y elaborar un informe propio de la oficina de planeación avalando los informes de los asesores financieros”, además de que la “Dirección debe hacer el seguimiento de la asignación de frecuencia del canal 13” –acta 1604, fls.529 a 543, c. prb. 2-;

en reunión del día 8 siguiente, al ser interrogados por la Junta Directiva sobre si se existe alguna dificultad “**para la reasignación de frecuencias**”, el asesor externo Carlos Gustavo Arrieta manifestó que “no ve ninguna imposibilidad jurídica”, al tiempo que el señor Raúl Francisco Ochoa, subdirector legal de la entidad, señaló que la Comisión cuenta con las facultades constitucionales y legales para “asignar y reasignar las frecuencias destinadas al servicio de televisión”; asimismo, al abordar la estrategia de comunicaciones ante los cambios que se adoptarían para la adjudicación del tercer canal, se acordó que “debe ser más fuerte y quienes deben manejar (sic) la agenda del proceso es la Entidad y que la CNTV debe adelantarse a la crisis, informando a la ciudadanía”, al igual que consideró importante reiterar la necesidad para la ciudadanía de tener un tercer canal, promover la sana competencia y “enfatar que los actuales canales privados (sic) no les interesa la creación el tercer canal por la competencia que implica para ellos”; además de que, ante “las dudas sobre las declaraciones de los Comisionados, en razón a su credibilidad” se debe contar con “algunos líderes de opinión, que sean legitimadores del proceso y que puedan apoyarlo. Columnistas, periodistas, congresistas entre otros” –acta 1605, fls. 544 y ss, c. prb. 2-;

en la sesión del 13 de abril siguiente, el asesor externo informó a la Junta Directiva que para reasignar el canal 13 solo faltaba expedir la resolución “por medio de la cual se dispone el inicio de la digitalización del Canal Regional Teveandina y se modifica el Registro de Frecuencias de Televisión del Plan de Utilización de Frecuencias”, conforme con lo acordado el día 7 anterior con el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y el operador público. Al respecto la Junta aprobó por unanimidad el proyecto después de considerar que (i) “la idea original era contar con un documento donde se contaba con el acuerdo de Teveandina y el Ministerio”, en razón de que “es mucho más viable la defensa de la entidad si existe el acuerdo tripartito...[si] el Ministerio de Tic, le da la espalda al proceso y deja sola a la CNTV”; (ii) en cuanto el proyecto de resolución “formaliza la solicitud de Teveandina y el Ministerio TIC” y la Comisión “asume la tarea de digitalización en un horizonte de ocho (8) años”, se debe contar “con una comunicación de Teveandina aceptando la reasignación de la frecuencia”; (iii) si bien la Comisión tiene la facultad de adelantar la digitalización “el hecho de que Teveandina renuncie a términos no blinda a la CNTV”, aunque se trataba de una decisión basada “en un consenso interinstitucional” –acta 1607, fls. 562 a 568, c. prb. 2-; y

En la sesión del 15 de abril posterior, la Oficina de Regulación de la Competencia y la Subdirección de Asuntos legales presentó los conceptos sobre la viabilidad de expedir la resolución “por medio de la cual se dispone el inicio de la digitalización del Canal Regional de Teveandina y se modifica el Registro de Frecuencias de Televisión del Plan de Utilización de Frecuencias” aprobada en la sesión anterior, los cuales fueron acogidos por la Junta Directiva después de señalar en relación con el segundo de estos conceptos –se destaca- “la importancia de enfatizar que **la reasignación de frecuencia del Canal 13**, se realiza con el objetivo de priorizar la digitalización del canal público de televisión Teveandina, el cual responde a nuestro plan estratégico” –acta n.º 1609, fls. 569 y ss. c. prb. 2-.

Según consta en el informe de “[a]ctualización de supuestos modelo financiero y cuantificación de riesgos” contratado con Andrés Escobar & CGI S.A., la Comisión Nacional de Televisión solicitó actualizar el precio base de la concesión incluyendo la utilización de bandas en VHF –acceso a la estación de Manjui-, cálculo que arrojó un menor valor de las inversiones requeridas (Capex) y, en consecuencia, un incremento de \$11.624.000.000 en el precio base –fls. 495 a 509, c. prb. 4-.

En el pliego de condiciones de la licitación pública 002 de 2010, publicado con el acto de apertura del 7 de mayo de 2010, se modificó el objeto de la concesión, señalando que “[e]l concesionario será programador, administrador y operador del Canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas de conformidad con el Plan de Utilización de Frecuencias-PUF (Anexo No. 5), tal como fuera modificado entre otras por la Resolución No. 395 del 15 de abril de 2010, en el cual se encuentra establecida de manera clara e inequívoca la distribución de frecuencias y la banda respectiva, sin perjuicio de la potestad de la Comisión Nacional de Televisión de reasignar las frecuencias para transmisiones analógicas o digitales” –fl. 626, c. prb. 1-. Esto es, la resolución expedida el 15 de abril de 2010 para reasignar la frecuencia del Canal 13 de Teveandina.

Observa la Sala que, a pesar de que mediante la citada resolución 395 de 2010 se modificó el acuerdo de carácter general n.º 003 de 2009, en su expedición la Comisión Nacional de Televisión no se sujetó al procedimiento establecido en la ley para este tipo de actos, si se considera que los elementos probatorios que se vienen reseñando dan cuenta de que el 6 de abril de 2010 aún no se contaba con el proyecto de resolución para reasignar el canal 13 de Teveandina, el cual se aprobó nueve días después, además de que no se conoce en el proceso que el proyecto haya recibido la difusión exigida.

La Ley 182 de 1995 sometió la expedición de los acuerdos a las siguientes reglas:

ARTÍCULO 13. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento:

a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar;

b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación;

c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible, se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente;

d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan.

En la audiencia de observaciones al proyecto de pliego de condiciones y de asignación de riesgos de la licitación pública n.º 002 de 2010, los intervinientes Caracol Televisión S.A., Control Ciudadano TV y Jorge Enrique Ramírez formularon serios reparos a la falta de transparencia de la entidad licitante en lo que tiene que ver con la reasignación del canal 13 de operación pública, por considerar que i) constituye un privilegio para cualquiera de los tres inscritos en el registro único de oferentes, en cuanto a pesar de introducir un cambio sustancial en las reglas de la licitación, la Comisión Nacional de Televisión no permitió la inscripción en el registro de nuevos interesados; ii) la resolución 395 del 15 de abril de 2010 no da cuenta suficiente de las razones que sustentan tan importante decisión de reasignar el canal 13; iii) en la decisión no se consideraron los costos de reposicionar la marca “que justamente corresponde al número y a la frecuencia que se le retira”, los beneficios que reportará al particular la utilización de un canal ya

posicionado, ni los costos de la reasignación del tercer canal, que conforme con “un estudio contratado por el Ministerio de Comunicaciones, [su] valor ascendió a 24 millones de dólares y que será asumido por la CNTV (este estudio fue resultado de la solicitud de algunos oferentes en tal sentido, en el marco del proceso de licitación)” y iv) la decisión desmejora las condiciones de operación del canal público –fls. 397 y ss, c. prb. 1-.

Y, pese a que durante el trámite previo a la expedición de la resolución 395 de 2010, claramente la Comisión Nacional de Televisión trató como una reasignación de frecuencia la decisión relacionada con la liberación del canal 13, para asignárselo al nuevo operador privado, respondió los cuestionamientos de los interesados en el sentido de que esa decisión respondía en un todo a los Planes Estratégicos tanto de la Comisión Nacional de Televisión como al del propio Canal Regional, así como al Plan de Desarrollo de la Televisión de la Comisión y agregó que, en cuanto es errado sostener que obedezca a una reasignación, la suma de los 24 millones de dólares requeridos para la operación de Teveandina nada tenían que ver con la concesión del tercer canal y, por tanto, serían asumidos por el Fondo para el Desarrollo de la Televisión. Sostuvo también que se trata de una decisión adoptada a iniciativa del operador público.

En ese sentido enfatizó la respuesta que ofreció la demanda a los interesados:

La primera premisa errada es la de que Teveandina fue objeto de una “reasignación” de frecuencia. Eso no es así, puesto que el hecho de que Teveandina inicie su operación en el canal 18 no obedece a que la Comisión le haya “quitado” la frecuencia 13, sino que la frecuencia que le fue asignada previamente para la operación digital es la 18, de la misma manera en que por ejemplo, a los actuales canales nacionales les fueron también recientemente asignadas las frecuencias 14 y 15 para sus transmisiones digitales, sin que por ello pueda afirmarse que fueron objeto de una reasignación.

En la medida en que no puede haber propiedad sobre el espectro y que la asignación de una frecuencia determinada obedece a la prestación de un determinado servicio, es apenas natural que cesando el objeto para el cual fue asignada, la Comisión recobre la disponibilidad plena de la frecuencia, como sucede con la frecuencia 13 al finalizar la operación analógica de Teveandina, que es el objeto para el cual le había sido asignada la referida frecuencia.

La segunda premisa errada del cuestionamiento del observador corresponde a que supuestamente esa es una decisión impuesta por la Comisión a Teveandina. Como se desprende de los antecedentes y se plasma en su parte considerativa, la resolución es un acto administrativo consensuado, entendida tal categoría de actos administrativos como aquellos que implican un acuerdo entre la administración y sus destinatarios, por cuanto en su proceso de formación concurren unos y otros, así en su expedición, formalmente solo resulta de la manifestación de voluntad de la administración. En efecto, fue el propio canal Regional quien tuvo la iniciativa de proponer a la Comisión que se acometiera la digitalización, y que se permitiera finalizar su operación analógica a medida que fuera dando inicio a la operación digital en cada estación.

Así mismo, señala el observador que “el valor” de esa “reasignación” asciende a la suma de 24 millones de dólares, planteamiento que también contiene varios errores conceptuales. Ya se explicó que no hubo reasignación alguna, y ahora hay que añadir que esa suma de dinero no corresponde al “valor” de la frecuencia, no solo porque ella está fuera del comercio y no puede ejercerse propiedad sobre ella, sino porque la suma de dinero a la que

se refiere el observador corresponde es a las estimaciones de lo que de conformidad con el estudio presentado a la Comisión por el Canal Teveandina, cuesta la digitalización de su red. Si en efecto lo que hubiera sucedido fuera simplemente una reasignación, vale decir, la imposición al canal Regional Teveandina para que llevara a cabo la operación analógica ya no en la frecuencia 13 sino en otra frecuencia cualquiera, habría sí un valor de esa reasignación que sería el equivalente a los costos de su desplazamiento a esa nueva frecuencia, suma obviamente inferior a esa de los 24 millones de dólares.

Ahora bien, no está de más llamar la atención de que esos estimativos del estudio presentado por Teveandina incluyen además de la digitalización de la estación desde la cual se operaba en analógico en la frecuencia 13 (Majuí), sólo las tres estaciones restantes que actualmente opera Teveandina, sino 14 adicionales.

En este orden de ideas, se dejan advertidos los errores de las apreciaciones subsiguientes del observador, en cuanto consideran que la suma que desembolse la Comisión para la digitalización de Teveandina debería adicionarse al precio base de la concesión del Tercer Canal. La promoción de la digitalización del canal de Teveandina, así como en general de la red pública, corresponde al Fondo para el Desarrollo de la Televisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 182 de 1995. Nada tiene que ver dicha erogación con la concesión de un tercer canal. Con tercer canal o sin él, la televisión regional deberá digitalizarse y al Fondo le corresponderá asumir el costo –fls. 422 y 423, c. prb. 1-.

En la audiencia de revisión de asignación de riesgos de la licitación pública n.º 002 de 2010, los intervinientes también formularon serios reparos a la falta de transparencia de la entidad licitante en lo que tiene que ver con la reasignación del canal 13 de operación pública.

Al respecto, la sociedad Caracol Televisión S.A., a través de su representante, señaló:

Lo primero que me llama la atención es que se ha hablado de transparencia, y se habla de seguridad jurídica, y resulta que este proceso nace de la violación de dos artículos de la ley, y de eso es responsable la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (...)

La segunda norma que se viola de manera burda, fue la citada (...), que tiene que ver con la protección de las frecuencias de los canales públicos, y quiero recordarle a quienes aquí vienen hoy con unas camisetas diciendo que tienen derecho a un tercer canal, que es cierto lo tienen, pero también creo que todos tenemos derecho a que se respeten las frecuencias públicas, hace doce años cuando estaba en pugna o cuando estaban en la licitación tres contendientes por las frecuencias que hoy tienen Caracol y RCN Televisión S.A., renunciaron previamente al canal trece los tres oferentes, por considerar que el que quedara con el canal trece, iba a tener una ventaja que no era legal, una ventaja anticompetitiva, y por eso en ese momento los tres enviaron una comunicación a la Comisión Nacional de Televisión, que deben tener en sus archivos y deberían revisarla, y que se motivó en ese sentido, quien tuviera el canal 13 iba a tener una posición preponderante en Bogotá, que representa el 70% de los bienes y servicios que se comercializan en el país, luego no es cualquier cosa el mercado central. Y la ley dice claramente que esa frecuencia se puede asignar dentro de las bandas del VHF, lo que quiere decir que el canal público podría moverse entre la banda del dos al seis, o del siete al trece, pero no pasar entre las dos bandas, porque no dice entre, sino dentro de, y tampoco y mucho podría salir de la banda del VHF a la del UHF...” –fls. 77 y 78, c. prb. 2-.

Por su parte, el señor Camilo Rodríguez intervino en la audiencia, invocando la calidad de apoderado judicial “de dos compañías que vencieron en un pleito muy importante a Teveandina Ltda”, para dejar constancia de que la reasignación de la frecuencia se había realizado de manera subrepticia, “aprovechando la condición de que el Ministerio de Comunicaciones, u hoy de las TICS era el mayor accionista de... este deudor a quien hago referencia es decir TV Andina, no obstante que le llamamos la atención sobre el particular, no sé si con anuencia de la Comisión (...) no obstante los derechos de petición que presenté, aparentemente ha producido actos administrativos tendientes a que de manera graciosa, prácticamente a menos de que en derecho sucedan como corresponde, de manera graciosa tomó la determinación de incluir dentro del proyecto de prepliegos, para la asignación de la Concesión del tercer canal la frecuencia en UHF que hoy utiliza y desde ya casi diez años utiliza el canal regional de televisión TV Andina, que como lo advertía el doctor Martínez y otros intervinientes, ostenta o menor tiene el privilegio de ser el canal regional de mayor cobertura a nivel nacional, y con un mercado potencial en el centro del país especialmente en Bogotá muy significativo...” –fls. 83 y 84, c. prb. 2-.

En el sub judice no se conoce la respuesta de la Comisión Nacional de Televisión a estas últimas observaciones.

Los elementos probatorios reseñados ofrecen certeza a la Sala sobre las graves faltas en que incurrió la entidad licitante en contra del principio de transparencia, al que debe sujetarse en las actuaciones llevadas a cabo para la concesión del tercer canal. En síntesis, porque i) no definió claramente las frecuencias desde el inicio del proceso licitatorio, aspecto sustancial de cara a la adjudicación del tercer canal y generó la sospecha de que se proponía reasignarlo en el canal 13 de la banda VHF al margen de la licitación, como vino a confirmarse después de que la demandada fue requerida por el ministerio público para que, en cumplimiento del principio de transparencia, definiera las frecuencias; ii) la decisión de la entidad licitante de asignar el canal 13 al nuevo operador privado fue el motivo determinante de la reasignación, al punto que se dio a la tarea de buscar “la figura para poder contar con la frecuencia VHF de Teveandina”, necesaria para continuar con el proceso y, después de gestionar ante el Ministerio de la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones y el **Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda –conocido precisamente como el “CANAL TR3CE”-, sociedad pública vinculada a la Comisión Nacional de Televisión y en cuya propiedad tiene participación el referido ministerio en un 91%, ordenó el inicio del plan de digitalización para liberar el canal requerido, solo que una vez logrado ese propósito decidió que la razón determinante del acto era el acuerdo interinstitucional y no dar cuenta de los verdaderos motivos y, iii) en esa misma línea, ocultó a los interesados las actuaciones llevadas a cabo para la reasignación del canal 13 al operador privado, al punto que lejos de informar con exactitud los motivos determinantes de esa decisión, como era su deber legal, descalificó las observaciones formuladas en torno a las irregularidades de la reasignación, tildando esta última como un error conceptual, pese a que, sin hesitación, los elementos probatorios ofrecen certeza en cuanto a que sustancialmente esa fue la decisión que se propuso y la que realmente adoptó, esto es la reasignación.**

Siendo así, huelga concluir la grave afectación de la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por haber procedido la entidad enjuiciada i) con falta de transparencia en el proceso de definición de las frecuencias, ii) con ejercicio abusivo de poder al forzar la decisión de privar al operador público Teveandina del canal 13 para reasignárselo al nuevo operador privado y iii) sin tener en cuenta los beneficios que esa reasignación representa para el nuevo concesionario, dado el posicionamiento de la marca la audiencia consolidados por el operador

público en esa frecuencia.

Falta de transparencia en el ejercicio de la función pública

En opinión del actor, la Comisión Nacional de Televisión actuó contra la moralidad administrativa, al permitir que uno de sus Comisionados continuara ejerciendo las funciones después de vencido el periodo fijo para el que fue designado.

Los elementos probatorios debidamente integrados al plenario dan cuenta de que la entidad demandada decidió adelantar la “audiencia de riesgos” el día 10 de mayo de 2010, pese a los cuestionamientos formulados por los interesados en el sentido de que no resultaba legítimo que el ex Comisionado Juan Andrés Carreño, quien había cesado sus funciones el día ocho anterior, por vencimiento del periodo fijo para el cual había sido designado, presidiera esa importante etapa del proceso licitatorio. Irregularidad por la que la entidad debió dejar sin efectos la actuación así surtida, fundada en los reparos de ilegalidad que los interesados y la Procuraduría General de la Nación.

A juicio de esta Sala, en cuanto los cargos de periodo fijo gozan de unas características particulares, entre ellos el libre nombramiento, la desvinculación reglada y la certeza en el fin de la vinculación, no le resulta aplicable el deber de “permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo”, de que trata el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, pues siendo este relativo, no puede hacerse valer en términos absolutos en contra de la dignidad humana, la autonomía privada de la voluntad y para desvirtuar los efectos del vencimiento del periodo fijo que caracteriza a la vinculación.

Y al margen de las razones puramente legales, lo cierto es que la participación del ex comisionado, permitida por la entidad enjuiciada en la dirección del proceso licitatorio, indujo en los participantes y en el órgano de control suficientes razones para dudar de la transparencia y seguridad en los resultados de la licitación, actuación que no se acompasa con los deberes de respeto por lo público que impone la moralidad administrativa.

Si bien la entidad dejó sin efectos la etapa del proceso surtida en estas circunstancias, considera la Sala que ello no restablece la afectación del interés colectivo, razón por la que se incluirá esta irregularidad entre todas aquellas con las que la entidad demandada vulneró la moralidad administrativa.

Conclusión

Establecido, como está, que en el proceso licitatorio adelantado para autorizar que un operador privado explote un nuevo canal de televisión nacional, la Comisión Nacional de Televisión actuó en contra de los fines estatales de la concesión y del servicio público, en cuanto i) faltó al deber de planeación, al omitir el mandato constitucional de la regulación del servicio a su cargo, necesaria para definir las condiciones relevantes del mercado y la explotación de la concesión; ii) utilizó el contrato de concesión con fines distintos a los definidos en la ley; iii) asignó los riesgos del negocio del operador privado con fines contrarios a los estatales; iv) limitó injustificadamente la concurrencia en la etapa de registro de los interesados; v) incumplió el deber legal de maximizar los ingresos estatales y vi) actuó con falta de transparencia en la definición de las frecuencias objeto de la concesión y en la dirección del proceso licitatorio, procede revocar la sentencia impugnada, declarar que la entidad demandada vulneró la moralidad administrativa y puso en riesgo la defensa del patrimonio público y disponer las medidas necesarias para amparar los derechos vulnerados.

En lo que se refiere al Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, los elementos probatorios ofrecen certeza en cuanto a que la Comisión Nacional de Televisión gestionó ante esa entidad y obtuvo su aquiescencia para reasignar el canal de Teveandina a un operador privado y, si bien en el plenario no se probó que haya conocido la estrategia adoptada por la Comisión para surtir esa actuación, resulta evidente, a todas luces, que el ente ministerial faltó al deber de proteger los intereses estatales involucrados en la participación mayoritaria que tiene en la sociedad operadora del canal público, como lo exigen la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Finalmente, la Sala no hará pronunciamiento alguno en relación con la sociedad Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda., en cuanto esta entidad pública no fue vinculada al proceso.

Tampoco se pronunciará la Sala en lo atinente al incentivo económico, en cuanto no pedido por el actor popular

Medidas de protección de los derechos colectivos vulnerados

Con la demanda el actor ejerció la acción popular procurando que i) se amparen de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, amenazados por las irregularidades incurridas en el proceso adelantado para la concesión del tercer canal; ii) se suspenda la licitación, al tenor de las disposiciones del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y iii) se dispongan las medidas necesarias para garantizar que el proceso licitatorio se reanude garantizando eficazmente el derecho que le asiste a los distintos de participar en condiciones de transparencia e igualdad. Asimismo, con los alegatos de conclusión precisó que, comoquiera que esta Corporación anuló las disposiciones del pliego de condiciones que permitían adjudicar la concesión en una subasta con un único oferente y por esa razón la entidad demandada suspendió el proceso licitatorio, las medidas de protección de los derechos colectivos vulnerados, pedidas en orden a la reanudación del proceso deben centrarse en la "...revisión y ajuste de todos los asuntos, estudios, pliegos de condiciones y demás actos y actuaciones administrativas relacionadas con la adjudicación del Tercer Canal de televisión brindando plenas garantías a todos los interesados en participar en el proceso y cumpliendo a cabalidad las normas legales y constitucionales que prevén la igualdad en el acceso a la prestación del servicio público de televisión, la pluralidad de oferentes en el proceso de adjudicación y en consecuencia del derecho a las comunicaciones y el pluralismo informativo" –fls. 1.115 y 1.127, c.p-.

De conformidad con la Ley 472 de 1998, las acciones populares sirven al fin evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible –art. 2º-. Al efecto, le corresponde al juez tomar todas las medidas, incluidas las órdenes de hacer, no hacer o realizar determinadas conductas, que sean necesarias para restablecer las cosas al estado precedente a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser ello posible y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones, como lo demandan los mandatos superiores –art. 34-.

Ahora bien, las disposiciones del Acto legislativo n.º 02 de 2011 derogaron el artículo 76 y modificaron el 77 de la Constitución Política, relativos al organismo de derecho público, que la Ley organizó como la Comisión Nacional de Televisión. Y la Ley 1507 de 2012 distribuyó las funciones que la Ley 182 de 1995 asignaba a la demanda, asignándole a la Comisión de

Regulación de Comunicaciones las relativas a la regulación del servicio público de televisión, a la Autoridad Nacional de Televisión las que tienen que ver con el otorgamiento de las concesiones y a la Agencia Nacional del Espectro, las atinentes a la vigilancia y control del uso de este bien y al registro público de las frecuencias, entidades sobre las cuales producirá sus efectos esta sentencia, de conformidad con las disposiciones del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil.

En el sub lite está acreditado que el 2 de agosto de 2010, la Comisión Nacional de Televisión suspendió la licitación pública n.º 002 de 2010, mientras esta Corporación decidía el recurso interpuesto contra el auto del 19 de abril de ese año, que suspendió parcialmente el pliego de condiciones. Se trató del proceso adelantado con ocasión de la demanda de nulidad que fue decidida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante la sentencia del 14 de febrero de 201 que declaró la nulidad del numeral 4.11 del pliego de condiciones de esa licitación, que permitía adjudicar la subasta al único proponente. Sin que en el plenario obren elementos probatorios que den cuenta de que la entidad demandada haya tomado medidas para dejar sin efectos el proceso licitatorio de que se trata y, en especial, para garantizar eficazmente los principios de planeación, transparencia, eficiencia, libre competencia y pluralismo informativo de que tratan las disposiciones de las Leyes 182 de 1995 y 1341 de 2009 en la adjudicación de nuevos canales de televisión de operación privada.

Establecido que la entidad demandada incurrió en actuaciones contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, desde antes de la apertura de la licitación pública, que tienen que ver con a) la grave omisión del deber de regular el servicio mediante normas de carácter general que rijan en igualdad de condiciones sobre aspectos importantes, entre otros, (i) los criterios generales para verificar las necesidades del servicio, la disponibilidad del espectro, la eficiencia y competencia a las que debe sujetarse la autorización para el uso del espectro y la operación explotación del servicio; (ii) el acceso a las redes en condiciones objetivas; (iii) la programación de los contenidos; (iv) la auditoría o verificación de la información relevante y (v) el alcance de las licencias y del contrato de concesión, necesarios para el adecuado funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia, la eficacia del pluralismo informativo y el ingreso de nuevos operadores en condiciones objetivas y transparentes; b) hizo caso omiso de los deberes que le son exigibles en materia de libre competencia en la etapa previa a la apertura de la licitación; c) faltó al deber de transparencia en la definición de las frecuencias a asignar y en el ejercicio de la función pública en lo que toca a la dirección del proceso licitatorio; d) utilizó el contrato de concesión para fines ajenos a la autorización de la explotación, asumiendo los riesgos propios del negocio del operador privado e incluyendo una conmutatividad ajena a la obligación impuesta por la ley de pagar un precio por la autorización de la explotación y e) faltó al deber de maximizar los ingresos estatales por la concesión a través de procedimientos de libre interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio, procede la Sala a analizar las medidas que se adoptarán de cara a proteger eficazmente los derechos colectivos amenazados y vulnerados.

En primer lugar, comoquiera que sobre la Comisión Nacional de Televisión -actualmente la Autoridad Nacional de Televisión-, gravita el deber legal de autorizar el uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio de televisión a través de canales de operación privada, con sujeción a las posibilidades del espectro electromagnético, las necesidades del servicio y a la prestación eficiente, competitiva y a la intervención estatal, como lo exigen las Leyes 182 de 1995, artículos 20, 22, 29, entre otros y 1341 de 2009, artículo 72, la Sala dispondrá medidas orientadas a reconvenir a la entidad demandada para que en lo sucesivo se

abstenga de continuar, reiterar o persistir en la concesión de nuevos canales de televisión de operación privada en condiciones irregulares semejantes o equivalentes a las acreditadas en esta providencia, o cualesquiera otras que sean contrarias a los fines constitucionales y legales. Para la eficacia de esta medida, se ordenará a la entidad demandada i) adoptar las decisiones que sean necesarias para que cesen todos los efectos del proceso licitatorio adelantado en las condiciones irregulares advertidas; ii) se abstenga de iniciar procesos para la concesión de nuevos canales nacionales de televisión de operación privada, hasta tanto se hayan expedido las normas regulatorias de carácter general, exigidas en las Leyes 182 de 1995 y 1341 de 2009, que se han venido señalando en esta sentencia, esto es las relativas a (1) los criterios generales para verificar las necesidades del servicio, la disponibilidad del espectro, la eficiencia y competencia a las que debe sujetarse la autorización para el uso del espectro y la operación explotación del servicio; (2) el acceso a las redes en condiciones objetivas; (3) la programación de los contenidos; (4) la auditoría o verificación de la información relevante y (5) el alcance de las licencias y del contrato de concesión, necesarios para el adecuado funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia, la eficacia del pluralismo informativo y el ingreso de nuevos operadores en condiciones objetivas, transparentes y iii) adelante los procesos que le corresponde llevar a cabo para la autorización de la prestación del servicio de televisión de operación privada con estricta sujeción a los principios constitucionales y a las disposiciones legales vigentes y las regulatorias que deberán ser expedidas previamente, según lo ya señalado.

Ahora, en lo que tiene que ver con la expedición de las normas generales, que deben regir en condiciones de igualdad para los operadores del servicio de televisión, observa la Sala que a partir de la Ley 1507 de 2012 le corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el ejercicio de esa función, dentro de la discrecionalidad que le es permitida en la materia. Empero, como se ha advertido a lo largo de este fallo, en cuanto i) la Constitución Política mandó al Estado intervenir para regular el servicio, con los alcances legales, para el caso los previstos en las leyes 182 de 1995 y 1341 de 2009; ii) la regulación mediante normas de carácter general sirve a los fines estatales de prestar el servicio de televisión en condiciones de eficiencia, igualdad, libre competencia y pluralidad informativa; iii) la omisión en la regulación de aspectos determinantes para la prestación del servicio con sujeción a los principios señalados deviene en un problema constitucional relevante, que, en el caso concreto, atenta contra la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, la Sala impartirá la orden para que la Comisión de Regulación de Comunicaciones expida la regulación señalada, dentro de un término prudencial, teniendo en cuenta los graves efectos que la ausencia de esas normas ocasionan para el servicio de televisión, pues acreditado está que la falta de reglas claras en la materia incidió en el retiro de los interesados en el proceso licitatorio y dio al traste con la posibilidad de entrada de un nuevo operador del servicio con sujeción a las reglas previstas en la ley.

Asimismo, la Sala considera necesario adoptar las medidas tendientes a garantizar que el registro público de cuenta, de manera clara y transparente, de lo relativo a la asignación y disponibilidad de las frecuencias y a que las medidas adoptadas por la Comisión Nacional de Televisión en relación con el canal trece no vulneren la autonomía, la prestación del servicio, el patrimonio o cualquier otro interés legítimo del operador público.

En síntesis, la Sala adoptará las siguientes medidas de cara a proteger integralmente los derechos colectivos vulnerados:

Reconvenir a la entidad demandada para que en lo sucesivo se abstenga de continuar, reiterar o persistir en la concesión de nuevos canales de televisión de operación privada en condiciones

irregulares semejantes o equivalentes a las acreditadas en esta providencia, o cualquiera otra que sea contraria a los fines constitucionales y legales.

Dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la Autoridad Nacional de Televisión, en su calidad de entidad pública responsable de las concesiones para el servicio público de televisión, de conformidad con la Ley 1507 de 2012, adoptará las decisiones que sean necesarias para hacer cesar los efectos de la licitación pública n.º 002 de 2010 abierta por la Comisión Nacional de Televisión, señalando las irregularidades contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, conforme con lo expuesto en esta providencia. Esta medida procederá en caso de que la entidad aún no hubiere dispuesto medidas con efectos similares o equivalentes a los aquí señalados.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones dará prioridad en su agenda regulatoria, para que, en un término máximo de ocho meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expida las normas generales que son necesarias para definir los aspectos relativos a la organización del mercado, en especial las que tocan con las condiciones para la entrada de los nuevos operadores, a la información relevante para el adecuado funcionamiento del mercado, al acceso a las redes y los aspectos generales de la prestación del servicio, con sujeción a las funciones de que tratan las leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012. Todo con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia, el pluralismo informativo y controlar las prácticas monopolísticas.

La Agencia Nacional del Espectro definirá, en un plazo máximo de seis meses contado desde la ejecutoria de esta sentencia, lo relativo al registro público de las frecuencias, de manera que se defina expresamente lo relativo a la asignación y disponibilidad de las mismas, con sujeción al artículo 27 de la Ley 182 de 1995.

El Ministerio de las Tecnologías y de la Información y de las Comunicaciones, la Autoridad Nacional de Televisión, la Agencia Nacional del Espectro y el operador público Teveandina, conformarán un Comité a través del cual se revisará la reasignación del Canal 13 decidida por la Comisión Nacional de Televisión, a la que se refiere esta sentencia, con la finalidad de establecer su viabilidad y efectos respecto del operador público y la prestación del servicio, debiendo adoptar todas las medidas que sean pertinentes para dejarla sin efectos, en caso de establecerse la afectación de la autonomía, la prestación del servicio, el patrimonio o cualquier otro interés legítimo del operador público. En caso de encontrar adecuado el cambio de las frecuencias asignadas, exclusivamente por las decisiones relacionadas con el plan de digitalización, deberán dar cuenta detallada de todos los aspectos de esa conclusión, señalando los análisis realizados y los resultados obtenidos, los efectos de la decisión, el cronograma para su realización, estado de avance y, en general, de todas las razones o motivos que tuvieron en cuenta para esa decisión, de todo lo cual se deberá informar ampliamente a la opinión pública. Esta orden deberá cumplirse en un término máximo de tres meses, contado desde la fecha de ejecutoria de esta decisión, respetando el ámbito de autonomía de cada una de las entidades integrantes del Comité.

Se impartirá la orden a la Autoridad Nacional de Televisión para que se abstenga de abrir convocatorias, licitaciones o cualquier otro proceso con el fin de adjudicar frecuencias para la operación privada del servicio público de televisión nacional abierta, hasta tanto no sean cumplidas las órdenes impartidas en los numerales anteriores.

Una vez que se hayan cumplido las órdenes de que tratan los primeros cinco puntos, la Autoridad Nacional de Televisión deberá expedir, dentro del término máximo de 3 meses siguiente al vencimiento del plazo señalado para la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la

normatividad general de que tratan las disposiciones del literal e) del artículo 18 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, relativas al otorgamiento y prórroga de las concesiones para la explotación del servicio público de televisión nacional de operación privada, las cuales deberán incluir todos los aspectos señalados en las citadas disposiciones y sujetarse a las disposiciones que en el relación con el mismo servicio adopten la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro.

Vencido el plazo de que trata el numeral anterior, la Autoridad Nacional de Televisión deberá decidir, dentro del mes siguiente, lo relativo a la apertura del proceso para la concesión de la explotación del servicio de televisión nacional de operación privada, con sujeción a la normatividad vigente y en especial con el estricto cumplimiento del alcance que los artículos 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 confieren a la concesión en cuanto autorización de carácter individual, los deberes de garantizar la transparente asignación de la banda de frecuencias, la efectiva promoción y concurrencia de interesados y la maximización de los ingresos por la concesión de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, para lo cual no podrá establecer limitaciones o medidas que alteren la negociación dinámica o que fijen de manera arbitraria el precio, esto es, impedir la libre interacción de la oferta y la demanda en condiciones adecuadas que incentiven que los interesados revelen la máxima disposición a pagar por la concesión.

Solicitar a la Procuraduría General de la Nación que adelante las investigaciones a que haya lugar por las irregularidades de que da cuenta esta providencia.

Conformación del Comité de Verificación de la Sentencia

Como lo permite el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se dispone la conformación de un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia con la participación del juez, las partes, la entidad pública, encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

Siendo así, el Comité estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ii) la parte actora, iii) un delegado del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, iv) un delegado de la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público, v) un delegado la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos, vi) Control Ciudadano TV y RedPaPaz, entidades de carácter no gubernamental que participaron en el proceso licitatorio. La verificación se centrará principalmente en el cumplimiento de los términos y la adopción de las medidas dispuestas, respetando la autonomía que le corresponde a cada entidad en materia de configuración normativa.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 16 de junio de 2011 proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: AMPARAR los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados en el proceso licitatorio adelantado por la Comisión Nacional de Televisión con el objeto de dar en concesión la operación privada del tercer canal de televisión nacional, con la aquiescencia del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de la Comunicaciones, conforme con las razones consignadas en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR el cumplimiento las siguientes medidas para la protección de los derechos amparados:

Reconvenir a la Comisión Nacional de Televisión, hoy la Autoridad Nacional de Televisión, para que en lo sucesivo se abstenga de continuar, reiterar o persistir en la concesión de nuevos canales de televisión de operación privada en condiciones irregulares semejantes o equivalentes a las acreditadas en esta providencia, o cualquiera otra que sea contraria a los fines constitucionales y legales.

Dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la Autoridad Nacional de Televisión, en su calidad de entidad pública responsable de las concesiones para el servicio público de televisión, de conformidad con la Ley 1507 de 2012, adoptará todas las decisiones que sean necesarias para hacer cesar los efectos de la licitación pública n.º 002 de 2010 abierta por la Comisión Nacional de Televisión, por las irregularidades contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público en que incurrió, conforme con lo expuesto en esta providencia. Esta medida procederá en caso de que aún la entidad no hubiere dispuesto medidas con efectos similares o equivalentes a los aquí señalados.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones dará prioridad en su agenda regulatoria, para que en un término máximo de ocho meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expida las normas generales que son necesarias para definir los aspectos relativos a la organización del mercado, en especial las que tocan con las condiciones para la entrada de los nuevos operadores, a la información relevante para el adecuado funcionamiento del mercado, al acceso a las redes y los aspectos generales de la prestación del servicio, con sujeción a las funciones de que tratan las leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012. Todo con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia, el pluralismo informativo y controlar las prácticas monopolísticas.

La Agencia Nacional del Espectro definirá en un plazo máximo de seis meses, contado desde la ejecutoria de esta sentencia, lo relativo al registro público de las frecuencias, de manera que permita dar cuenta de la asignación y disponibilidad de las mismas, con sujeción al artículo 27 de la Ley 182 de 1995.

El Ministerio de las Tecnologías y de la Información y de las Comunicaciones, la Autoridad Nacional de Televisión, la Agencia Nacional del Espectro y el operador público Teveandina conformarán un Comité a través del cual se revisará la reasignación del Canal 13 decidida por la Comisión Nacional de Televisión, a la que se refiere esta sentencia, con la finalidad de establecer su viabilidad y efectos respecto del operador público y la prestación del servicio, debiendo adoptar todas las medidas que sean pertinentes para dejarla sin efectos, en caso de establecerse la afectación de la autonomía, la prestación del servicio, el patrimonio o cualquier otro interés legítimo del operador público. En caso de encontrar adecuado el cambio de las frecuencias asignadas, exclusivamente por las decisiones relacionadas con el plan de digitalización, deberán dar cuenta detallada de todos los aspectos de esa conclusión, señalando los análisis realizados y los resultados obtenidos, los efectos de la decisión, el cronograma para su realización, estado de

avance y, en general, de todas las razones o motivos que tuvieron en cuenta para esa decisión, de lo cual se deberá informar ampliamente a la opinión pública. Esta orden deberá cumplirse en un término máximo de tres meses contado desde la fecha de ejecutoria de esta decisión, respetando el ámbito de autonomía de cada una de las entidades integrantes del Comité.

La Autoridad Nacional de Televisión deberá abstenerse de abrir convocatorias, licitaciones o cualquier otro proceso con el fin de adjudicar frecuencias para la operación privada del servicio público de televisión nacional abierta, hasta tanto no sean cumplidas las órdenes impartidas en los numerales anteriores.

Una vez que se hayan cumplido las órdenes de que tratan los primeros cinco puntos de la parte resolutive de esta sentencia, la Autoridad Nacional de Televisión deberá expedir, dentro del término máximo de 3 meses siguiente al vencimiento del plazo señalado para la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la normatividad general de que tratan las disposiciones del literal e) del artículo 18 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 14 de la Ley 1507 de 2012, relativas al otorgamiento y prórroga de las concesiones para la explotación del servicio público de televisión nacional de operación privada, las cuales deberán incluir todos los aspectos señalados en las citadas disposiciones y sujetarse a las disposiciones que en el relación con el mismo servicio adopten la Comisión de Regulación de Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro.

Vencido el plazo de que trata el numeral anterior, la Autoridad Nacional de Televisión deberá decidir, dentro del mes siguiente, lo relativo a la apertura del proceso para la concesión de la explotación del servicio de televisión nacional de operación privada, con sujeción a la normatividad vigente y en especial con el estricto cumplimiento del alcance que los artículos 46 y 48 de la Ley 182 de 1995 confieren a la concesión en cuanto autorización de carácter individual, los deberes de garantizar la transparente asignación de la banda de frecuencias, la efectiva promoción y concurrencia de interesados y la maximización de los ingresos por la concesión de que trata el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, para lo cual no podrá establecer limitaciones o medidas que alteren la negociación dinámica o que fijen de manera arbitraria el precio, esto es sin permitir la libre interacción de la oferta y la demanda en condiciones adecuadas que incentiven que los interesados revelen la máxima disposición a pagar por la concesión.

Por la Secretaría de la Sección remitir a la Procuraduría General de la Nación copia de esta decisión para que adelante las investigaciones del caso. Oficiése.

TERCERO: CONFORMAR un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia, el cual estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ii) la parte actora, iii) un delegado del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, iv) un delegado de la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público, v) un delegado de la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos, vi) Control Ciudadano TV y RedPaPaz, entidades de carácter no gubernamental que participaron en el proceso licitatorio. La verificación se centrará principalmente en el cumplimiento de los términos y la adopción de las medidas dispuestas, respetando la autonomía que le corresponde a cada entidad en materia de configuración normativa.

CUARTO: Por Secretaría, REMÍTASE copia de esta providencia a la Procuraduría General de la

Nación, para lo de su competencia.

QUINTO: REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998..

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

Con aclaración de voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

Con aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO DE LOS CONSEJEROS RAMIRO PAZOS GUERRERO Y
DANILO ROJAS BETANCOURTH

LICITACION PUBLICA PARA LA CONCESION DEL TERCER CANAL DE TELEVISION -
Se omitió decretar prueba de oficio tendiente a verificar la declaración de desierta de la licitación
/ AUTO DE MEJOR PROVEER - Prueba de oficio

Como, al parecer, la ANTV por Resolución No. 468 de 3 de abril de 2012 declaró desierta la licitación 002 de 2010, en acatamiento a lo decidido por el Consejo de Estado en la citada sentencia de 14 de febrero de 2012, ha debido decretarse la prueba correspondiente para verificar la veracidad de dicha información y, en caso afirmativo, con base en dicho documento hubiere sido innecesario dar la orden que finalmente se impartió sobre el asunto. De modo que, estando el proceso para decidir, ha debido decretarse una prueba de oficio tendiente a establecer la existencia y alcance del citado acto administrativo, puesto que ese era un punto dudoso que no era posible esclarecer, hasta tanto se hubiere incorporado debidamente copia del mismo, documento que hubiere podido dilucidar el asunto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, revisar sentencia de Sala Plena, del 14 de febrero de 2012, exp. 11001-03-26-000-2010-00036-01(38924), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Omisión regulatoria no es materia de litigio /
ORDEN DE REGULACION - Es propia del medio de control de nulidad / FUNCION
REGULATORIA - Comisión de Regulación de Comunicaciones

Igualmente en las órdenes adoptadas, se indica en el apartado tercero del numeral segundo de la parte resolutive que: La Comisión de Regulación de Comunicaciones dará prioridad en su

agenda regulatoria, para que en un término máximo de ocho meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expida las normas generales que son necesarias para definir los aspectos relativos a la organización del mercado, en especial las que tocan con las condiciones para la entrada de los nuevos operadores, a la información relevante para el adecuado funcionamiento del mercado, al acceso a las redes y los aspectos generales de la prestación del servicio, con sujeción a las funciones de que tratan las leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012. Todo con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia, el pluralismo informativo y controlar las prácticas monopolísticas. En relación con esta orden que se da a la CRC, estimamos que no era procedente, por una parte porque no fue materia de la controversia dicha omisión regulatoria, además de que su alcance y definición son más propios del contencioso objetivo de anulación. La generalidad y vaguedad de la orden que se impone, sin tener en cuenta las estrictas limitaciones de la función regulatoria que en nuestro ordenamiento jurídico tienen dichas comisiones, tal y como lo ha señalado una y otra vez esta Corporación, pueden comportar hacia el futuro problemas jurídicos, cuya legalidad necesariamente tendrá que ser estudiada en esta sede judicial, escenario natural del control de la legalidad de la actividad administrativa.

UNIFICACION JURISPRUDENCIAL DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Es competencia de la Sala Plena de la Corporación

En la providencia objeto de esta aclaración es preciso señalar que la relación de consideraciones, luego de hacer un recorrido sobre la jurisprudencia en materia de derecho colectivo a la moralidad administrativa, advierte las inconsistencias que sobre su fundamentación existen para acoger uno de los criterios jurisprudenciales, asunto que escapaba al alcance de este fallo, pues justamente para ello ya fue objeto de selección para revisión eventual y definición de esta compleja materia, por parte del pleno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP)

Actor: HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Aunque compartimos la decisión que se adopta en la providencia de 27 de marzo de 2014, en la que se ampararon los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados en el proceso licitatorio adelantado con el objeto de dar en concesión la operación privada del tercer canal de televisión nacional, nos permitimos aclarar voto en relación con algunos puntos de dicha sentencia.

1. En el proveído del que disentimos se ordena a la Autoridad Nacional de Televisión adoptar “[d]entro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta decisión (...) todas las decisiones que sean necesarias para hacer cesar los efectos de la licitación pública n.º 002 de 2010 abierta por la Comisión Nacional de Televisión (...) [e]sta medida procederá en caso de que aún la entidad no hubiere dispuesto medidas con efectos similares o equivalentes a los aquí señalados”.

A este respecto conviene recordar que la Sala Plena de esta Corporación, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de 14 de febrero de 2012 Rad.: 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38.924), declaró 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.

Como, al parecer, la ANTV por Resolución n.º 468 de 3 de abril de 2012 declaró desierta la licitación 002 de 2010, en acatamiento a lo decidido por el Consejo de Estado en la citada sentencia de 14 de febrero de 2012, ha debido decretarse la prueba correspondiente para verificar la veracidad de dicha información y, en caso afirmativo, con base en dicho documento hubiere sido innecesario dar la orden que finalmente se impartió sobre el asunto.

De modo que, estando el proceso para decidir, ha debido decretarse una prueba de oficio tendiente a establecer la existencia y alcance del citado acto administrativo, puesto que ese era un punto dudoso que no era posible esclarecer, hasta tanto se hubiere incorporado debidamente copia del mismo, documento que hubiere podido dilucidar el asunto.

2. De otra parte, igualmente en las órdenes adoptadas, se indica en el apartado tercero del numeral segundo de la parte resolutive que: “La Comisión de Regulación de Comunicaciones dará prioridad en su agenda regulatoria, para que en un término máximo de ocho meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, expida las normas generales que son necesarias para definir los aspectos relativos a la organización del mercado, en especial las que tocan con las condiciones para la entrada de los nuevos operadores, a la información relevante para el adecuado funcionamiento del mercado, al acceso a las redes y los aspectos generales de la prestación del servicio, con sujeción a las funciones de que tratan las leyes 182 de 1995 y 1507 de 2012. Todo con la finalidad de garantizar la eficiencia, la libre competencia, el pluralismo informativo y controlar las prácticas monopolísticas”.

En relación con esta orden que se da a la CRC, estimamos que no era procedente, por una parte porque no fue materia de la controversia dicha “omisión regulatoria”, además de que su alcance y definición son más propios del contencioso objetivo de anulación.

La generalidad y vaguedad de la orden que se impone, sin tener en cuenta las estrictas limitaciones de la función regulatoria que en nuestro ordenamiento jurídico tienen dichas comisiones, tal y como lo ha señalado una y otra vez esta Corporación

, pueden comportar hacia el futuro problemas jurídicos, cuya legalidad necesariamente tendrá que ser estudiada en esta sede judicial, escenario natural del control de la legalidad de la actividad administrativa.

3. Finalmente, en la providencia objeto de esta aclaración es preciso señalar que la relación de consideraciones, luego de hacer un recorrido sobre la jurisprudencia en materia de derecho colectivo a la moralidad administrativa, advierte las inconsistencias que sobre su fundamentación existen para acoger uno de los criterios jurisprudenciales, asunto que escapaba al alcance de este

fallo, pues justamente para ello ya fue objeto de selección para revisión eventual y definición de esta compleja materia, por parte del plen.

En otras palabras, no era este caso -adoptado por una Subsección de la Sección Tercera- el pertinente para unificar en la práctica la jurisprudencia en esta materia, cuando este tema debe ser proferido por el Pleno de la Corporación, de conformidad con lo prescrito por el artículo 1° del Acuerdo n.º 0117 de 2010, por medio del cual se adicionó al artículo 13 del Acuerdo número 58 de 1999 un párrafo (Reglamento del Consejo de Estado).

En este sentido dejamos presentada esta aclaración de voto.

Fecha ut supra.

RAMIRO PAZOS GUERRERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 27 de marzo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.694 - 10 de marzo de 2024)

