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

La CNTV fue uno de los organismos autónomos e independientes establecidos en la Constitución Política de 1991. De conformidad con el derogado artículo 76 constitucional, en concordancia con el texto original del artículo 77 de la Constitución Política, dicho organismo se instituyó como de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que estaba sujeto a un régimen legal propio, y le correspondía por la época de los hechos de la demanda la dirección de la política que en materia de televisión le determinara el legislador, para lo cual podía expedir los actos administrativos de carácter general o particular que fueren del caso, controlables en su constitucionalidad y legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único. La anterior hipótesis, a todas luces no es la que se configura en el caso que nos ocupa, en donde una misma autoridad es la que ha proferido las dos disposiciones dentro de una misma actuación administrativa procesal, como instrumentos necesarios y concatenados dentro del trámite tendiente a la selección de un contratista para la correspondiente entidad estatal, sin que pierdan su identidad, generando una unidad de contenido y de fin integrándose en un acto único, como lo sostiene erróneamente el demandante. En consecuencia, a juicio de la Sala no le asiste razón al demandante, pues en este caso la voluntad de la Administración está vertida en dos manifestaciones de la administración que nacen a la vida jurídica de forma separada e independiente, el uno el acto de apertura y el otro sustancialmente diverso como lo es el pliego de condiciones. En relación con los pliegos de condiciones, de manera pacífica esta Corporación ha entendido que comparten la naturaleza de verdadero acto administrativo de carácter general, y en cuanto al acto de apertura, se le ha considerado por regla general como simple acto de trámite. Precisamente en cuanto a la naturaleza del Pliego de Condiciones como acto precontractual, esta Corporación ha mantenido su postura señalando que se trata de un acto administrativo de contenido general, es decir, una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas sujeto a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa mediante la acción de nulidad. Ahora, frente al acto de apertura de la licitación, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que se trata de un acto de mero trámite y, por tanto, en principio no podría ser impugnado autónomamente pues, por regla general, sólo serían demandables ante esta jurisdicción los actos definitivos, esto es, los que ponen fin a un procedimiento administrativo, o los actos que crean situaciones jurídicas. En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha clarificado desde tiempo atrás que si bien el acto de apertura de la licitación es de mero trámite, lo cual lo excluiría en principio de ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo previsto en los artículos 49, 50 y 135 del C.C.A., lo cierto es que en algunas ocasiones resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal. Para el caso concreto del estudio y análisis de la resolución de apertura 2010-380-000481-4 se observa que la misma simplemente cumple con las exigencias formales de todo acto de impulso inicial de un procedimiento

especial de carácter contractual, en relación con el cual, por lo tanto, no puede hacerse juicio alguno de carácter material en relación con posibles restricciones a la participación de interesados, o violación a principios como los de igualdad o transparencia o en general a los principios y reglas que nuestro ordenamiento jurídico prevé para los asuntos relativos a la contratación estatal. En realidad, en lo que se refiere a esta resolución, la Sala se encuentra ante un clásico y típico acto de mero trámite que, como ya se indicó, carece totalmente de los elementos necesarios para ser considerada objeto de una acción de nulidad, tal como lo propone el demandante, y por ende no tiene vocación sustancial para ser objeto de controversia o litigio puesto que en sí misma no concurren las exigencias de los precedentes analizados para ser materia de un debate procesal.

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

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

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

normativa de la maximización de recursos para el Estado, o para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, de acuerdo con la redacción de la norma; sin lo uno no se llega a lo otro. Es de la esencia misma de la subasta a que se refiere la norma, su estructuración sobre la base de los principios enunciados lo cual, se repite, emerge sin dificultad de la lectura sistemática y armónica de la misma con la cláusula del Estado social, democrático y pluralista de derecho en los términos del artículo 1 constitucional, pero también, con postulados fundamentales como los de libre competencia económica incorporados en los artículos 88 y 333 constitucionales, y recogidos en el artículo 2, numeral 2, de la misma Ley 1341 de 2009, que implica irremediablemente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación tal como pasa a explicarse.

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

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

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

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

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

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

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

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

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

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

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009 - ARTICULO 72

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

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

FUENTE FORMAL: LEY 1341 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ)

Actor: JAIME OMAR JARAMILLO AYALA

Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el acto administrativo

expedido por la Comisión Nacional de Televisión[1] que ordena la apertura de la licitación pública 002 de 2010, contenido en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010 y en los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, para la concesión de la operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional (fols. 1 a 9 c. ppal).

I. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

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

1. El acto de apertura de la licitación pública 002 de 2010.

Por medio de la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010, el Director de la CNTV ordenó la apertura de la licitación pública 002 de 2010. En dicho acto señaló que las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para participar en el proceso de selección estarían contenidas en el pliego de condiciones, sus respectivos anexos y los demás documentos que formen parte de la licitación. Asimismo, estableció el cronograma, con la advertencia de que podría ser modificado a través de Adendos; ordenó la publicación del pliego de condiciones y de los estudios y documentos previos en el Portal Unico de Contratación; convocó a las veedurías ciudadanas para que ejercieran control social sobre el proceso contractual y finalmente ordenó integrar el Comité Evaluador y Asesor.

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

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

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

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

[1] En adelante CNTV.

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

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

> *"4.11. Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Unico.*
> *De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una Propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.*
>
> *En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de $113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido"* (fols. 57 a 185 c. ppal).

II. LA NORMA INVOCADA COMO VIOLADA POR EL DEMANDANTE Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. Norma que se indicó como violada.

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

> *"Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:*
>
> *- Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.*
>
> *- En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.*
>
> *Cuando prime la continuidad del servicio, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa".*

2. Concepto de violación.

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

dinámica" y no se cumpliría con el propósito de *"maximizar los recursos del Estado";* la pluralidad de interesados o de oferentes, dispuestos a pujar en procura de la adjudicación de una frecuencia para operar un canal de televisión, es un requisito de la modalidad de la subasta prevista en el artículo 72 de la Ley 1341 (ascendente), que no se satisface si se adjudica a un único oferente, situación que de manera ilegal se prevé en el artículo 4.11 de la licitación 002 de 2010. Al respecto concluyó que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 debe interpretarse en ese sentido, máxime cuando así también lo entendió la Sala de Consulta y Servicio Civil[2] al emitir el concepto[3] solicitado por la CNTV, según el cual, para la adjudicación de los canales nacionales de televisión abierta se exige la pluralidad tanto del número de inscritos en el RUO, como de las ofertas presentadas al término del cierre de la licitación.

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

---

[2] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1966 de 2009 del 5 de octubre de 2009, ampliado el 25 de febrero de 2010.

[3] El Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones, ante las múltiples inquietudes que se presentaron tanto en el proceso de licitación abierto en el 2009, revocado a comienzos del 2010, como en la Licitación No 02 de 2010, solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consultas que fueron resueltas los días 5 de octubre de 2009 y 25 de febrero de 2010, respectivamente. Las preguntas formuladas por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y absueltas por el Consejo de Estado en el segundo concepto fueron las siguientes:

"a. Pregunta: ¿La pluralidad a la que se refiere el concepto se predica respecto del número de inscritos en el RUO o respecto del número de proponentes, entendiendo por éstos, aquellos que presentan propuesta al término del plazo de la licitación (al cierre de la misma), o respecto del número de proponentes hábiles?. Respuesta: En el caso particular consultado la pluralidad se predica tanto del número de inscritos en el RUO, como de las ofertas presentadas al término del cierre de la licitación.

b. Pregunta: ¿Debe entenderse que, por haber optado la Comisión Nacional de Televisión por la subasta como mecanismo de adjudicación., debe entonces "asegurar la pluralidad de oferentes en el proceso para mantener el mercado del mismo como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación, so pena de no poder adjudicar la concesión siempre que dos de los tres posibles oferentes decidan no presentar propuestas? Respuesta: Sí., en el contexto del mecanismo de adjudicación adoptado por Comisión Nacional de Televisión (Sic) para la selección del tercer canal de televisión, debe asegurarse la pluralidad de oferentes en el respectivo proceso contractual en los términos de la respuesta anterior, con el fin de que surja de la competencia entre los participantes de la licitación.

c. Pregunta: ¿Habría lugar a la aplicación de la previsión normativa prevista del artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, en el evento en que sólo se presente una propuesta en el proceso que se establece en el Pliego de Condiciones publicado el día 29 de octubre de 2009 y en las Adendas expedidas, en particular las Adendas 2 y 3? Respuesta: No, en el caso consultado no se darían los requisitos previstos en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 para hacer una adjudicación con proponente único".

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

III. EL TRAMITE DEL PROCESO

1. La demanda y la solicitud de suspensión provisional.

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

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

Notificada la admisión de la demanda y el decreto de la suspensión provisional, los ciudadanos **JORGE ENRIQUE CUERVO RAMIREZ, JUAN CARLOS MONCADA ZAPATA**, **MIGUEL ANGEL CELIS PEÑARANDA**, **DAVID MAURICIO GUINAR HERNANDEZ**, **FERNANDO VALLEJO**, **FERNANDO ALVAREZ ROJAS**, **GERMAN CAMILO PERDOMO GUILOMBO** y **PAULA ANDREA RAMOS ARISMENDI,** así como por el **MINISTERIO PUBLICO**, la organización privada **DERECHO PARA EL DESARROLLO**, **CANAL 3 TELEVISION DE COLOMBIA S.A.** y la **COMISION NACIONAL DE TELEVISION,** interpusieron recurso de reposición (fols. 247 a 610)**.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Salvamentos de voto[4] frente a la decisión adoptada mediante auto de 22 de marzo de 2011.

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

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

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

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

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

3.5. No se violan los principios de libertad de empresa y de libre concurrencia: No consideran violados tales principios, en tanto fue la misma Administración la que generó la posibilidad de que todo el que quisiera se inscribiera en el RUO y así se presentara una pluralidad de ofertas; las decisiones del juez administrativo deben tomar en cuenta el impacto de los actos

[4] En la decisión adoptada mediante auto de 22 de marzo de 2011, participaron 25 Magistrados de los cuales 17 estuvieron de acuerdo con el proyecto y 8 se apartaron de la decisión de la mayoría, esto es, los señores Consejeros de Estado, doctores Bertha Lucía Ramírez de Páez, María Nohemí Hernández Pinzón, Gladys Agudelo Ordóñez, William Giraldo Giraldo, Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García González, Martha Teresa Briceño de Valencia, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y Susana Buitrago Valencia.

administrativos en el mercado, es decir debe asegurarse de que las condiciones que acompañan las decisiones de las autoridades públicas no atenten contra la libre competencia. En este caso se dio la apertura de una licitación pública para la adjudicación del tercer canal, la cual fue pública y la existencia de un único proponente no desconoce la publicidad de la licitación, no vulnera el principio de libre competencia y no pone en peligro el patrimonio o la moralidad pública. La Sala perdió de vista el verdadero alcance de los derechos de la libre concurrencia y la libre competencia, pues la Administración los garantizó al abrir la licitación con el fin de aumentar los competidores en el mercado.

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

4. Contestación de la demanda.

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

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

En cuanto al mecanismo de selección afirmó que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no creó un régimen especial o distinto de los que ya existían para la contratación estatal en el sector de la televisión; que simplemente señaló que es deber del Estado aplicar un mecanismo de selección competitivo con el fin de maximizar sus recursos y que, para ello, podía acudir a la subasta, la que podía organizarse a una sola vuelta o a varias, sin que sea posible afirmar que la existencia de varias pujas constituya un elemento esencial del mecanismo de

selección a utilizar. Consideró que el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 resulta aplicable al caso por haberse escogido como mecanismo de selección la subasta, en tanto regula todo lo atinente a la realización de subastas por el Estado y que no es posible deducir su inaplicación porque el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no creó un régimen distinto al que en estas materias se desprende del Decreto 2474.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

y a una limitación al derecho fundamental a informar y ser informado.

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

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

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

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

5. Período probatorio.

Vencido el término de fijación en lista y al tenor de lo dispuesto en el artículo 209 del C.C.A, el Consejero Ponente, mediante auto del 9 de mayo de 2011, abrió a

pruebas el proceso[5]; una vez finalizado dicho período, se ordenó el traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales.

6. Alegatos de conclusión.

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

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

Explicó que la Ley 1341 de 2009 es una norma posterior, mas no especial en materia de concesión de canales nacionales de operación privada y por tanto, su interpretación debe ser coherente y comprensiva con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, según el cual, una primera barrera de entrada al mercado del servicio de televisión es que *"sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión"*, situación jurídica que les da la calidad de *"interesados"* a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009; que una vez determinada la existencia de pluralidad de inscritos en el RUO o *"interesados"*, se debe definir el mecanismo de selección de la oferta a través de la subasta inversa, diseñado por el legislador como procedimiento para determinar el aspecto económico, pero en todo caso, en el marco de la modalidad de selección de contratistas de la licitación pública; que el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones contempló la posibilidad de adjudicar el contrato de concesión al oferente único que cumpliera con los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones y que, adicionalmente, pagara un 10% adicional del precio base de la concesión.

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

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

---

[5] Se ordenó (i) tener como prueba todos los documentos allegados con la demanda, con la contestación y los antecedentes administrativos que originaron la expedición del acto administrativo demandado; y ii) oficiar a la CNTV para que certificara el número de ofertas presentadas para la fecha de cierre de la licitación pública 02/10.

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

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

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

IV. CONSIDERACIONES

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

1. Competencia

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

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

No obstante lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sesión

celebrada el 14 de septiembre de 2010, asumió de oficio el conocimiento del asunto, con fundamento en las facultades que le confieren los artículos 97.5 y 130 del C.C.A[6].

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

La CNTV fue uno de los organismos autónomos e independientes establecidos en la Constitución Política de 1991[7]. De conformidad con el derogado artículo 76 constitucional[8], en concordancia con el texto original del artículo 77 de la Constitución Política[9], dicho organismo se instituyó como de carácter nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que estaba sujeto a un régimen legal propio, y le correspondía por la época de los hechos de la demanda *la dirección de la política que en materia de televisión le determinara el legislador*, para lo cual podía expedir los actos administrativos de carácter general o particular que fueren del caso, controlables en su constitucionalidad y legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

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

---

[6] Los términos de los procesos de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se suspendieron el día 24 de agosto de 2010, con el objeto tanto de redistribuirlos en atención a la nueva estructura que adoptó y dispuso la Ley 1285 de 2009, a través de su artículo 10. Por esta razón, el 20 de septiembre de 2010, fecha en que se reanudaron los términos suspendidos, se ordenó a la Secretaría de la Sección Tercera enviar el expediente a la Secretaría General de la Corporación, para continuar con el trámite.

[7] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2011. Exp: 31.571. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[8] El artículo 76 de la Constitución Política disponía: *"La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.*
Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior".

[9] Téngase en cuenta que el Acto Legislativo No. 2 de 2011 derogó el artículo 76 y modificó el artículo 77 de la Constitución Política, en los siguientes términos:
"Artículo 1º. Derogase el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia.
Artículo 2º. El artículo 77 de la Constitución Política de Colombia, quedará así:
Artículo 77. El Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión.
Artículo 3º. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:
Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente.
Artículo 4º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación".

presupuestos legales para su impugnación, esto, a la luz de la doctrina y los precedentes de la Corporación en relación con la judicialización de actos precontractuales **(2.2.)**.

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

En relación con estas afirmaciones y una vez verificado el contenido material de cada una de las manifestaciones presuntamente integradas bajo el concepto de acto complejo, la Sala se ve en la imperiosa necesidad de apartarse de estas consideraciones del demandante, pues, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación sobre el tema, los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único[10].

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

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

> *"Ahora bien, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando se trata de un acto complejo, es decir formado por una serie de actos con la concurrencia de diversas voluntades, como el acto es único, debe acusarse en su total complejidad, aunque el vicio sólo afecte a uno de los actos que lo integran, porque habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. El acto que se firma es un acto único es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.*
>
> *Así, pues, cuando, por ejemplo, se considera que está viciada de ilegalidad la sanción de una ordenanza, se debe demandar la ordenanza por la ilegalidad de su sanción, pues esta es parte integrante de ese acto administrativo complejo. La ordenanza y su sanción forman un solo acto.*
>
> *La doctrina anterior ha sido la tradicional del Consejo y la Sala no encuentra fundamento para rectificarla. Si no hay ordenanza sin sanción y esta no puede existir sin aquella, pues, son dos actos inseparables que forman un solo acto administrativo que se llama ordenanza departamental, es esta en su integridad jurídica la que debe ser demandada o acusada cuando su sanción es ilegal y no simplemente esta última, como si fuera un acto que*

---

[10] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativa. Sentencias del 15 de octubre de 1964, Exp: 1015; 9 de julio de 1991. Exp: S-070; 27 de septiembre de 1994. Exp: S-342; 9 de noviembre de 1998. Exp: S-680.

pudiera existir independientemente. Porque bien sea el articulado de la ordenanza el ilegal o bien lo sea su sanción, lo que se anula es el acto completo en ambos casos, aunque en el primero la sanción no adolezca de ilegalidad y no la tenga el articulado de la ordenanza, en el segundo, pues no debe olvidarse que la acción de nulidad contra los actos administrativos procede tanto por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad como por haber sido expedidos en forma irregular (art. 66 del C.C.A.)"[11].

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

"La existencia del acto complejo no surge de la voluntad de los entes administrativos, sino del mandato de la Ley o de la necesidad de la concurrencia de dos o más personas u órganos administrativos en la formación de la voluntad administrativa, como sucede, entre otros, en los casos de los actos que conforman el procedimiento administrativo consagrado en el Decreto Ley 2733 de 1959, o en aquellos eventos en que la Ley exige la aprobación de un superior a lo resuelto por el inferior (—casos de actos administrativos sobre extinción del dominio de predios privados, adquisición directa de predios rurales, expropiaciones, etc. —); más aceptar que un ente administrativo puede convertir un acto simple en complejo cuando a bien lo tenga, sería consagrar una burla a la jurisdicción contencioso-administrativa y una permanente inseguridad de los particulares en las decisiones públicas"[12]

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

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

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

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

---

[11] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de octubre de 1964. CP Alejandro Domínguez Molina.
[12] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de octubre de 1972. Exp: 023. CP Carlos Portocarrero M.

autoridades que las profirieron"[13].

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

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

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

Así mismo, una vez estudiados los actos en cuestión, y a la luz de los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, se tiene de manera clara e incontrovertible que cada uno de los actos impugnados ostentan naturaleza jurídica diversa, lo que incide directamente en la procedencia del control jurisdiccional en relación con cada uno de ellos.

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

Precisamente en cuanto a la naturaleza del Pliego de Condiciones como acto precontractual, esta Corporación ha mantenido su postura señalando que se trata de un acto administrativo de contenido general, es decir, una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas[14] sujeto a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa mediante la acción de nulidad, la cual fue ejercida en este caso por el actor[15].

Así lo precisó la Sección Tercera en sentencia del 24 de junio de 2004, al afirmar que el pliego de condiciones es *"un acto administrativo, que cuando contiene*

---

[13] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Exp: 6674. CP Manuel S. Urueta Ayola.

[14] En este sentido véase entre otros pronunciamientos los siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 10 de octubre de 1991; Auto del 6 de noviembre de 1997; Sentencia del 19 de septiembre de 2007.

[15] Ahora bien, la Sala advierte que esta Corporación ha sostenido que en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución del contrato.
Así las cosas, los medios para impugnar los actos previos separables del contrato serán la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según los fines, móviles o motivos del demandante. En este sentido véase. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 26 de abril de 2006. Exp: 16.041; 30 de noviembre de 2006, Exp: 18.059; 19 de septiembre de 2007. Exp: 26.649; 5 de junio de 2008. Exp: 1988-8431.
La conclusión a la que ha arribado la Corporación, encuentra sustento normativo expreso en la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo el artículo 32 de la Ley 448 de 1998. Sobre el alcance de esta disposición véase: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 29 de junio de 2000. Exp: 16.602; 13 de diciembre de 2001. Exp: 19.777; 24 de junio de 2004. Exp: 1523; y autos del 7 de octubre de 2004. Exp: 26.649; 2 de agosto de 2006. Exp: 30.141.

cláusulas violatorias de la ley de contratación que restrinjan ilegalmente la participación de los oferentes o que de alguna manera se conviertan en un obstáculo para la selección objetiva, es posible demandarlo en acción o de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho en defensa de la legalidad que debe presidir toda actuación administrativa, tal como lo establece el art. 87 del C.C.A con las modificaciones que le introdujo el art. 32 de la ley 446 de 1998"[16].

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

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

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

> *"Aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo,* ***restrinja indebida o ilegalmente esa participación****. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.*
>
> *En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.*
>
> *(…). En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de <u>APERTURA</u> DE UNA LICITACION O CONCURSO Y <u>DE ADOPCION DE PLIEGOS DE CONDICIONES</u>...."*[17] (Resaltado del texto original).

Esta posición jurisprudencial se retomó textualmente en sentencia del 20 de septiembre de 2001[18], a través de la cual se decidió la demanda de nulidad simple que se instauró contra las adendas de una convocatoria pública y se reiteró en sentencia del 26 de abril de 2006[19].

Entonces, por regla general los actos de trámite no son demandables salvo cuando se configuran dos excepciones: en primer lugar, una general aplicable a todos los actos preparatorios y de trámite, según la cual, serán impugnables

---

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 2004. Exp: 15.235. CP Ricardo Hoyos Duque. Puede consultarse igualmente la sentencia del 11 de diciembre de 2003, Exp: 15.796. CP Ricardo Hoyos Duque

[17] Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp: 13.495. CP Carlos Betancur Jaramillo.

[18] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp: 9.807. CP Ricardo Hoyos Duque.

[19] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp: 15.188. CP María Elena Giraldo Gómez.

dichos actos cuando pongan fin al procedimiento del cual hacen parte; en segundo lugar, una excepción especial, prevista por la jurisprudencia concretamente para los actos de apertura en las licitaciones, los cuales serían susceptibles de ser enjuiciados cuando contengan decisiones sobre el fondo del asunto o puedan afectar los principios que deben regir la actividad contractual, como por ejemplo, cuando mediante dicho acto, en lugar de invitar a los interesados a que participen en el proceso de selección en condiciones de igualdad, se restringe de forma ilegal la participación, desconociéndose así los principios de transparencia e igualdad de oportunidades[20].

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

No obstante lo anterior, tratándose de los primeros, al ser actos de trámite, entendiendo por estos los que impulsan el trámite propio de una decisión que ha de tomarse con posterioridad por la Administración y, por tanto, no contienen una decisión de fondo, no crean una situación jurídica particular y no ponen fin a una actuación administrativa[21], sólo serán impugnables en los eventos excepcionales que se han referido.

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

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

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

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

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que, el objeto del pronunciamiento que corresponde a la Sala en esta oportunidad se ubica materialmente en el ámbito del

---

[20] Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 6 de agosto de 1997. Exp: 13.945; y sentencias del 18 de septiembre de 1997; 20 de septiembre de 2001. Exp: 9807; 26 de abril del 2006. Exp: 15.188; 30 de noviembre de 2006. Exp: 18.059.

[21] Sobre las diferencias entre actos administrativos definitivos y actos de trámite véase, entre otras, las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de septiembre de 2004. Exp: 13.790; Sección Primera. 30 de agosto de 2007; Sección Primera. del 27 de mayo de 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"Artículo 72. Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:*
>
> *- Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que*

incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.

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

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

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

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

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

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

Baste recordar que al espectro electromagnético, conforme lo ordenado en el artículo 75 constitucional tan solo se puede acceder por parte de los interesados, a través de mecanismos y procedimientos desarrollados por las autoridades administrativas que garanticen igualdad de oportunidades, garantías que solo pueden brindarse bajo condiciones materiales respetando precisamente el marco de principios enunciado, y que se retoman, precisamente en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, al ordenar como presupuesto del acceso al espectro

electromagnético el de la concurrencia plural de interesados.

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

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

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

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

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

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

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

1.6.- Es de la esencia misma de la subasta a que se refiere la norma, su estructuración sobre la base de los principios enunciados lo cual, se repite, emerge sin dificultad de la lectura sistemática y armónica de la misma con la cláusula del Estado social, democrático y pluralista de derecho en los términos del artículo 1 constitucional, pero también, con postulados fundamentales como los de libre competencia económica incorporados en los artículos 88 y 333 constitucionales, y recogidos en el artículo 2, numeral 2, de la misma Ley 1341 de 2009[22], que implica irremediablemente, la garantía de pluralidad, concurrencia, igualdad, participación y no discriminación tal como pasa a explicarse.

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

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

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

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

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

---

[22] De la revisión de la exposición de motivos y antecedentes de la Ley 1341 de 2009, se destaca que uno de los artículos más controvertidos en el texto de la ponencia fue aquél que consagró los principios orientadores, específicamente al consagrar la libre competencia: *"En el principio dos, de la libre competencia, recibió un amplio debate, inclusive se tomó un receso para poder conjuntamente, administración nacional y ponentes, llegar a un acuerdo a un texto que comulgase con la realidad del país. En un mundo globalizado y especialmente en el de las telecomunicaciones, la competencia debe ser amplia y no se podría vía normas, intentar favorecer un sector llámese público o privado"* (resaltado por fuera del texto original).

> *"Artículo 2.- Principios orientadores. (…) 2. Libre competencia: El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia."*

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

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

2.2.- Ahora bien, la anterior remisión interpretativa del legislador, al concepto de libre y leal competencia económica deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica[23], en cuanto soporta a oferentes y demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad[24], vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo, de aquí que el legislador lo convierta en la piedra angular de cualquier lectura que se haga de la Ley 1341 de 2009[25].

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

> ***"****Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir*

---

[23] PALACIOS MEJÍA, Hugo. *"El derecho de los servicios públicos, Derecho Vigente*". Bogotá, 1999, Págs. 44 a 46.

[24] Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2003. La libertad de empresa y la libre competencia económica son dos garantías cardinales de la llamada "*constitución económica*" que se erigen en fundamento del desarrollo económico y social así como en garantía de una sociedad democrática y pluralista.

[25] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. *"…Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades…".*

permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

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

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

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

Así las cosas, la libre competencia económica, recogida en los artículos 88 y 333 constitucionales, constituye una especial y particular situación de interacción dinámica y permanente entre los agentes característicos del mercado, en la cual, en relación con estos, se predica la existencia de un claro derecho subjetivo, soportado en el concepto de libertad, que les permite, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quien compra o adquiere estos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado, lo cual, dada la magnitud y significado de esta interacción, se reconoce constitucionalmente como un asunto de interés para la colectividad en general, aspectos todos estos que deben ser garantizados y protegidos por el Estado[26], y solo limitados excepcionalmente en fundadas razones de interés general por el legislador[27].

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

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

"…La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o

[26] Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2010. En tales términos y en atención a lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado está obligado a garantizar dicho escenario de libre competencia económica y, para tal efecto, deberá atender los siguientes criterios: *"(i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos".* (Resaltado fuera del texto)

[27] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001 y C-870 de 2003. La jurisprudencia constitucional ha establecido al unísono que la libre competencia económica implica que "*un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita".*

eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado..."[28]

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

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

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

"… la Corte ha insistido en que 'se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado'. Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la

[28] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001

tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refieren a 'a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren".[29]

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

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

2.4.- Conforme a los desarrollos de la doctrina y los propósitos mismos de las normas señaladas, el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante[30].

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

"…Dichos elementos constitutivos de la libertad de concurrencia económica dan lugar a un andamiaje jurídico que cristaliza en dos vertientes normativas, por un lado la legislación dirigida a reprimir la competencia desleal, la cual mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado protege los derechos económicos subjetivos de los empresarios; la segunda, la legislación antitrust, elimina las barreras que puedan constituir una afrenta a la competencia como tal y contra el interés público que ella salvaguarda, contra los derechos de los consumidores y su bienestar…"[31]

En aplicación de este principio, las reglas contempladas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, deben suscitar irremediablemente la concurrencia, conclusión que a simple vista se desprende del mismo título del artículo cuando indica que se están incorporando reglas, *"para los procesos de asignación de espectro con*

---

[29] Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.
[30] MORENO MOLINA, José Antonio. *"Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas"*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, Pág. 47.
[31] Corte Constitucional. Sentencia C-1125 de 2008.

pluralidad de interesados", idea rectora que se retoma en los desarrollos mismos del artículo en cuestión al exigir la determinación previa de la existencia de pluralidad de interesados para iniciar los proceso de selección correspondiente.

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

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

La concurrencia se convierte para el concepto de libre competencia económica en su determinante jurídica, en la base de toda su construcción en cuanto que sin ella se haría imposible cumplir los propósitos constitucionales del principio y la interacción en el mercado sería imposible. Es que precisamente la libre concurrencia busca la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima participación competitiva posible[32], lo cual referido a procedimientos como los de subasta, incorporado en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, significa su conformación a partir de la dinámica de la controversia de pujas efectuadas por varios de los concurrentes, en cuanto mecanismo para maximizar los recursos a ser recaudados en dirección a los cofres públicos que enuncia la norma.

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

En efecto, la participación de un número plural de interesados en dichos procesos de asignación de bandas de frecuencia propicia la masificación y democratización de la participación de los individuos en el acceso a los medios de comunicación[33].

---

[32] MORENO MOLINA, José Antonio. *"Los principios generales…."* Op. Cit. Pág. 48.

[33] Con la expedición de la Ley 1341 de 2009, el legislador desarrolló el acceso y uso del espectro electromagnético con plena observancia del principio de libertad de expresión. En efecto, tanto en la exposición de motivos de dicha ley, como en su artículo 2.7, se establece expresamente que el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas pretende propiciar el ejercicio de las libertades de expresión, opinión e información. En este sentido, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no es más que el cumplimiento del mandato de actuación impuesto al legislador

2.5.- El principio de la libre concurrencia se acompaña y se complementa de manera lógica, en la estructura constitucional y legal de la libre competencia, del principio de la conformación competitiva de los precios, inherente a la dinámica controversial y dialéctica de los actores del mercado que por su misma fuerza determina el valor real de los bienes o servicios en el mismo. Se trata de un principio neurálgico dentro de la concepción de la libre competencia en la medida en que es el que consolida realmente toda su dinámica en el resultado esperado de un proceso competitivo como es el de llegar al precio en el mercado del bien o servicio ofrecido[34], que en este caso específico cobra mayor relevancia por la naturaleza del bien a adjudicar y por la finalidad misma que se pretende, que es la maximización de los recursos.

La conformación competitiva de precios, mejor conocida en algunas legislaciones como conformación dinámica de los precios, parte de presupuestos competitivos y no artificiales o regulados en relación con los mismos. El precio es el resultante de la interacción de los actores del mercado en su puja permanente, para lo cual deben tener la libertad para vender y comprar, accionar este que se configura como el campo fértil y adecuado para el surgimiento del precio[35].

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

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

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

---

a partir de las disposiciones constitucionales y de las convenciones internacionales adoptadas por Colombia sobre libertad de expresión, según las cuales se garantizará el acceso democrático a los medios de comunicación masiva al mayor número de personas de tal manera que se propicie un nuevo modelo de "*mercado libre y equitativo de las ideas*". En otras palabras, se trata de garantizar el equilibrio entre las libertades constitucionales mencionadas.

[34] ORTIZ ARIÑO, Gaspar. *"Principios de derecho público económico*". Comares, Granada, 1999, Pág. 567.

[35] HAYEK, Friedrich A. *"Camino de servidumbre".* Editorial revista de derecho privado. Madrid, 1946. Págs. 37 y ss.

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

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

> *"…La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos[36].*
>
> *En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio[37], de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.*
>
> *Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.*
>
> *La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.[38] 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*

---

[36] La Corte Constitucional sostuvo, en el mismo sentido, que *"[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores".* Sentencia C-616 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[37] Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo.

[38] Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes *"fallas de mercado"*, ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.[39].

2.6.- El postulado de la igualdad y no discriminación incorporado en el artículo 13 de la Constitución Política[40], en sus relaciones con la materia misma de la libre competencia de los artículos 88 y 333 constitucionales, configura el ajuste superior de dos derechos subjetivos de los colombianos: el primero de ellos, el de actuar bajo regla general en condiciones de libertad en el mercado accediendo y compitiendo en el mismo, y el otro, íntimamente ligado con éste, que hace que realmente la competencia sea efectiva y por lo tanto, que permite hacerlo materialmente viable, definido como fundamental por la Constitución Política, y que proclama que toda persona debe ser tratada siempre de manera digna y no diferencial en el ejercicio de sus derechos, libertades y oportunidades, esto en cuanto constituye un valor fundante del Estado social de derecho el de brindar la misma atención y protección a todas las personas.

El postulado en consecuencia gira en torno a la igualdad ante la ley, la igualdad de protección y la igualdad de trato por las autoridades, así como, el deber del Estado de adecuar las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva, todo momento y lugar. Implica por elemental garantía, que todo criterio diferenciador tan solo puede provenir de la voluntad general depositada bajo esquemas democráticos en el legislador[41].

Como lo destaca la Corte Constitucional, el legislador *"está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros"*[42] Lo que significa por otra parte que las autoridades administrativas en su trato con las personas deberán dispensar a todas ellas el mismo trato y protección, en los términos de la Constitución y la ley, no estableciendo limitaciones ni restricciones más allá de las previstas de manera proporcional por el legislador.

En este sentido el principio constitucional de igualdad, regulado en el artículo 13 de la Carta, que engendra el derecho fundamental de esta misma denominación,

---

[39] Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 3003.

[40] Constitución Política de Colombia. *"ARTÍCULO 13.-Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

[41] Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999: *"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C. N. permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes está plenamente justificado por cuanto: a. La situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales; b. El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c. El trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es, la garantía de la prevalencia del interés general..."*

[42] Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 1992.

en concordancia con el artículo 5 de la misma norma superior[43], incorpora a nuestro ordenamiento el de la proscripción a la discriminación, que afecte o vulnere los derechos, libertades y oportunidades de las personas, lo que trasladado al ámbito de la libre competencia económica significa, la tacha absoluta al tratamiento diferente, injustificado y desproporcionado y sin fundamento legal que trunque la realización efectiva, real y oportuna de los presupuestos básicos del principio de la libre competencia, tales como los de concurrencia, y conformación competitiva de los precios, transparencia y los demás que se desprendan del contesto de las normas objeto del presente análisis.

En materia de libre competencia el principio de igualdad de tratamiento a los actores del mercado, prohíbe no solo cualquier tipo de discriminación manifiesta, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado[44].

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

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

Ahora bien, en relación con el derecho positivo objeto de análisis, la Sala observa que el principio está recogido de manera expresa en la Ley 1341 de 2009 en relación con los asuntos que son objeto de su regulación, dentro de los cuales se comprenden, como se ha explicado ampliamente, los relativos a la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 72 de su ordenación. En efecto de la lectura del artículo 2, numeral 2 de la ley mencionada, se lee que la libre competencia se garantiza bajo *"…condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros…".*

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

Resulta por lo demás obvio destacar que los procesos de selección, cualquiera que sean ellos, en especial el de subasta, debe estar dominado por el principio de igualdad, no solo de concurrencia, que para el caso lo sería plural, dada las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sino también, en la competencia conformadora del precio "maximizado" para el Fondo de Tecnologías

---

[43] Constitución Política de Colombia. *"ARTÍCULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".*

[44] MORENO MOLINA, José Antonio. *"Los principios generales de …".* Op. Cit. Pág. 34.

de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, tal como lo ordena la norma.

La no presencia de pluralidad de oferentes en la subasta rompe en consecuencia con el principio de igualdad, y significaría la adopción de formas encubiertas de discriminación perturbadoras sustancialmente de los propósitos definidos en el artículo 72 de la Ley 1341 para la subasta[45].

2.6.2.- Por otra parte, la Sala destaca que el principio en estudio resulta también relevante para el caso que nos ocupa, en cuanto el artículo 75 constitucional[46], que es la disposición que se aborda materialmente en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sujeta de manera imperativa el acceso al uso del espectro electromagnético[47] al respeto y acatamiento al principio de igualdad, por lo tanto, a su acceso garantizado mediante concurrencia y competencia, en los términos que se han expuesto, lo cual incide de manera directa en el sentido e interpretación que deba dársele a la norma legal aludida[48].

---

[45] GUERRA DE LA ESPRIELLA, María del Rosario. OVIEDO ARANGO, Juan Daniel. *"La ley de las tecnologías de la información y las comunicaciones".* Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. Págs. 157 a 165. Cabe precisar finalmente que, en el proceso de asignación de espectro con pluralidad de interesados, el proyecto de ley incluyó la subasta para la selección objetiva del solicitante, por cuanto ha sido una de las principales innovaciones en la política de gestión del espectro radioeléctrico, orientada a garantizar la asignación de dicho bien público a los interesados que más lo valoren y que lo usen de la forma más eficiente posible. En todo caso, no debe perderse de vista el objetivo de la gestión del espectro radioeléctrico, consistente en maximizar tanto el valor social derivado del uso del mismo, como el valor privado apropiable en parte, por medio de los procesos de selección objetiva.

[46] PALACIOS MEJÍA, Hugo. *"El derecho de los servicios públicos. Derecho Vigente*". Bogotá, 1999. Págs. 44 a 46.

[47] Corte Constitucional. Sentencias C-423 de 1995 y C-815 de 2001 y Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 5 de agosto de 1998. Rad. 1120. El alcance de este artículo ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. Así, por espectro electromagnético se ha entendido *"la franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia...", este espacio permite la expansión de las ondas hertzianas, mediante las cuales se desarrolla la radiodifusión, la televisión y la prestación de los servicios de telecomunicaciones".*

[48] Gaceta No 382 de 2009, Senado. Esa fue la intención del legislador al expedir la Ley 1341 de 2009, tal como se deduce de su exposición de motivos, así: en la ponencia para primer debate al proyecto de Ley 112 de 2007 Cámara, 340 de 2008 Senado, se explicó que por la posición geostratégica privilegiada de Colombia en el planeta, es incalculable el uso y acceso al espectro electromagnético y al espacio radioeléctrico, hecho que implica que la ley se proyecte más allá de los elementos regulatorios e institucionales; en ese sentido, el proyecto aborda su objeto a partir de dimensiones básicas, entre ellas la político-administrativa, que da cuenta de los aspectos normativos e institucionales para la formulación de políticas públicas que garanticen la efectividad y eficiencia en el acceso libre y equitativo al espectro. En la exposición de motivos del segundo debate en el Senado, se justificó la necesidad de transformar el marco legal vigente desde el punto de vista de la infraestructura, toda vez que el avance tecnológico permite que personas que operaban en mercados diferentes puedan competir en otros para la provisión del servicio *"A manera de ejemplo, las empresas que prestan el servicio de televisión por cable, prestan servicios de Internet y de la misma forma, los operadores de telecomunicaciones han comenzado a ofrecer servicios de televisión y video a la carta".* Ante el nuevo modelo de competencia mayorista en la infraestructura se pretende eliminar las barreras administrativas del ingreso al mercado, con el fin de fomentar la competencia, lo cual solo se puede lograr a través de la transformación del marco normativo que sea capaz de impulsar el cambio para el acceso a tales tecnologías, y que es precisamente lo que se pretendió en el proyecto de ley. Se explicó cómo en Colombia el modelo institucional en el sector de comunicaciones debía superarse, con el fin de dejar de lado al Estado empresario y más bien concentrarse en implementar la apertura del sector permitiendo la competencia: *"El Ministerio que hoy se encarga de impulsar la oferta de servicios (Estado empresario) requiere una renovación hacia un modelo institucional donde se redefinen sus funciones. El objetivo es diseñar una institución que sea capaz de establecer políticas públicas y un marco legal acordes con las tendencias tecnológicas. Esto con el fin de que, por un lado, genere las directrices para un sector en competencia, administrando de manera eficiente sus recursos escasos como es el espectro radioeléctrico".* En el proyecto se mostró además, la experiencia en la reforma de los países que forman parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo

Obsérvese que el artículo 75 constitucional además de establecer una naturaleza especial para el espectro electromagnético, dada su importancia y trascendencia para el interés público, establece también, precisos y especiales condicionamientos para su acceso y uso, soportándolos precisamente en el respeto y aplicación efectiva, real y material del principio constitucional de igualdad sustentador de un claro derecho fundamental de todos los actores del mercado interesados en el acceso y uso del espectro electromagnético, por ello se establece en la norma constitucional que, *"…Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley…".*
Lo que significa que el acceso al espectro electromagnético, dada su naturaleza especial de bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado[49], debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto a la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización.
Es que la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma vincula a una pluralidad de actores del mercado interactuando, luego en relación con el tratamiento que se le dé a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y oportunidades, en relación con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención.
Y esto es así, en la medida en que constituye una verdad a todas luces, que al abordar esta precisa materia del acceso al espectro electromagnético, el legislador en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, lo circunscribió, por vía de la integración con sus artículos 2 -numeral 2- y 7 a condiciones de libre competencia, luego la igualdad en el acceso debe entenderse bajo el contexto y conforme a los postulados de la misma, claramente definidos precisamente en los artículos mencionados y que han sido objeto de pronunciamiento a lo largo de estas consideraciones.
Con la expedición de la Ley 1341 de 2009, en especial en las normas referenciadas, lo que la Sala observa, es que en desarrollo de los deberes a que hace referencia el artículo 13 constitucional, el Estado está promoviendo condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en relación con el acceso y uso del espectro electromagnético, e igualmente está interviniendo para que esa igualdad, se materialice bajo conceptos democráticos y de libre competencia en la medida en que al postular principios como los de concurrencia, y conformación competitiva de precios, está vinculando el concepto de igualdad a unos referentes objetivos de indudable contexto constitucional y por lo tanto garantísticos de los fundamentos de nuestro sistema jurídico.

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

Intervención que adicionalmente hace el legislador en la Ley 1341 de 2009, en cuanto es de su órbita de responsabilidades garantizar la igualdad de oportunidades tanto en el acceso como en relación con el uso del espectro electromagnético, precisamente para garantizar condiciones de libre competencia

---

Económicos, que se enfocaron en conformar estructuras gubernamentales que vigilen la sana competencia.

[49] La definición del espectro electromagnético como un bien de uso público inajenable e imprescriptible implica que no hace parte de la capacidad patrimonial ni de la autonomía negocial de los particulares y mucho menos es susceptible de ser adquirido por éstos, sino previa autorización del Estado, que debe evitar las prácticas monopolísticas en el uso del citado bien y garantizar tanto el pluralismo informativo como la competencia, así como la igualdad de oportunidades.

y evitar prácticas monopolísticas, que es precisamente lo que busca la ley en cuestión al postular la concurrencia en el acceso y la pluralidad participativa de los agentes del mercado interesados en el mismo.

Bajo estas consideraciones resulta imposible una lectura del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 que pretenda hacerse sobre fundamentos o consideraciones excluyentes de la racionalidad y contenido material de la libre competencia, por lo tanto, ausente de juicios de concurrencia participativa y plural, al igual que de competencia entre los actores del mercado, salvo las expresas y justificadas excepciones que establezca el legislador como de hecho se hace en el inciso final del artículo en comento[50].
Entonces en desarrollo del mandato constitucional el legislador debe garantizar el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones exigidas para asegurar la ejecución óptima del objeto de la concesión que se pretende adjudicar, sin que le sea dable favorecer la concentración de los medios o las prácticas de monopolio, circunstancia que desconocería, además, el libre acceso en condiciones de igualdad[51], tal como lo consagra el artículo 75 de la Constitución Política.

La intervención del Estado por tanto, tiene por objeto facilitar el acceso equitativo a la prestación del servicio de telecomunicaciones[52], entendido como servicio público, lo que se traduce en garantizar la igualdad de oportunidades[53] a quienes estén interesados en acceder al uso del espectro electromagnético[54].

La igualdad, como se explicó, hace que realmente la competencia sea efectiva y por lo tanto, busca hacerla materialmente viable, encarna en todos los aspectos,

---

[50] Al incluir la subasta como mecanismo para la selección objetiva, se instituyó que *"cuando prime el interés general, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa".* La Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-403 de 2010, acerca de ésta última disposición, contenida en el inciso 4 del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. En dicha providencia se explicó que las entidades a cargo de la administración del espectro estaban obligadas a cumplir con las reglas de adjudicación previstas en el mencionado artículo 72, que define las reglas que rigen el proceso de asignación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico cuando exista pluralidad de interesados y que tienen por objeto garantizar la transparencia de dicho proceso y maximizar los recursos para el Estado; que la asignación de las bandas de frecuencia del espectro, según la norma cuya constitucional se demandó, debe hacerse por regla general mediante procedimientos de selección objetiva y, sólo excepcionalmente, de manera directa, cuando prime el interés general, la ampliación de la cobertura o la continuidad del servicio. Al analizar de fondo el asunto, la Corte Constitucional indicó que el legislador previó los mecanismos a través de los cuales se puede asignar el uso de frecuencias en el bien público y escaso denominado espectro electromagnético, excluyendo la utilización de procedimientos que generen la concentración de los medios o la práctica de monopolio, circunstancia que implica de entrada, que los medios excepcionales de adjudicación directa para el otorgamiento de licencias del uso del espectro resulten contrarios a lo previsto en el artículo 75 de la Constitución Política. En relación con la primacía de la continuidad del servicio, expresó que el objeto que se busca consiste en evitar poner en riesgo la prestación continua del servicio de telecomunicaciones, pero que otorgar la licencia directamente, sin agotar un procedimiento previo de selección objetiva que involucre a todos los interesados en obtenerla, limita el acceso al uso del espectro radioeléctrico y puede generar beneficios desproporcionados a favor del adjudicatario así como la concentración de prácticas de monopolio, lo cual vulnera lo dispuesto en el artículo 75 constitucional. No obstante, concluyó que resultaría acorde con la Carta la posibilidad de contratación directa cuando esté en riesgo la continuidad del servicio, si se entiende que ésta sólo se extenderá por el término estrictamente necesario para que la Administración adelante el proceso necesario a través del mecanismo de la selección objetiva, que garantice la adjudicación en condiciones de igualdad de oportunidades. En cuanto a las excepciones restantes para la contratación directa, esto es, cuando prime la ampliación de la cobertura o el interés general, la Corte concluyó que eran vagas e imprecisas y que desconocían el derecho a la igualdad de oportunidades y generaban monopolio.
[51] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. CP Rodrigo Escobar Gil.
[52] Corte Constitucional. Sentencia C-151 de 2004. MP Jaime Córdoba Triviño.
[53] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp: S-719. C.P: Juan de Dios Montes.
[54] Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp: AP 2003-1003. CP German Rodríguez Villamizar.

consolidar el derecho subjetivo de la libre competencia, a través de la profundización del derecho fundamental a un trato igualitario en las oportunidades de los actores del mercado, lo que implica la necesaria articulación consolidadora con principios tan vitales para la libre competencia como los de concurrencia, conformación competitiva de precios, que en sí mismos retoman conceptos como los de pluralidad en el mercado y participación.

2.6.2.1.- Particularmente en relación con el acceso al uso del espectro electromagnético, la Corte Constitucional ha señalado que *"...le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público,* ***siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio****, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto."* [55].

2.6.2.2.- Bajo tales presupuestos, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado ha entendido que la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético prevista en el artículo 75 de la Constitución Política permite inferir que dicha actividad "*se encuentra directamente abierta a la iniciativa privada y a la libre competencia, sin perjuicio de las regulaciones legales; es decir, no puede existir en Colombia monopolio sobre el uso de dicho bien público"* [56]*.*

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

> *"1ª Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Art. 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo.*
>
> *2ª El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia.*
>
> *3ª El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley."* [57] *(Resaltado fuera del texto)*

---

[55] Sentencia C-711 de 1996. MP. Fabio Morón Díaz; con salvamento de voto de Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

[56] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 5 de mayo de 1998, Exp: S-719.

[57] *Ibídem*.

2.6.2.3.- Es dable destacar, como lo expuso el Consejo de Estado[58], que a la luz del artículo 75 constitucional, el hecho de que el espectro electromagnético sea un bien público y se permita el acceso a su uso, no implica que toda persona particular esté habilitada para ejercer tal derecho, puesto que la viabilidad jurídica de las solicitudes que en tal sentido se eleven, están supeditadas a los preceptos legales que no resulten incompatibles con la Carta Política de 1991, sino que por el contrario, permitan hacer efectivo el acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones y que eviten las prácticas monopolísticas.
En tal sentido, si bien el texto constitucional alude al acceso de los particulares en igualdad de condiciones, dicho acceso puede ser limitado mediante ley, habida cuenta de la especial relación entre el espectro electromagnético y los servicios públicos relativos a las telecomunicaciones[59]. Así, el legislador puede establecer limitaciones razonables y proporcionales en aras de garantizar la capacidad legal, financiera y técnica de los futuros contratistas[60].

A partir de una lectura sistemática de los artículos 13 y 75 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en concordancia con la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, es obligación del Estado permitir y propiciar *"el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar"*[61] y, en tal sentido, garantizar *"la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración"*[62] (Resaltado fuera del texto).

En efecto, la cláusula constitucional de igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético garantiza el derecho que tienen todas las personas a presentarse y participar en los procesos tendientes a obtener autorizaciones o concesiones para la prestación de un servicio público que implique la utilización de dicha banda, sin que en el mismo se establezcan obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados[63], siempre partiendo de la base de la pluralidad de participantes.

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

2.7.1.- Ahora bien, se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en su inciso

---

[58] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 26 de abril de 1995. Exp: 2605. CP Libardo Rodríguez.
[59] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.
[60] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Primera. 26 de abril de 1995, Exp: 2605.
[61] *Ibídem.*
[62] *Ibídem.*
[63] Uprimny, Rodrigo. Fuentes, Adriana. Botero, Catalina. Jaramillo, Juan Fernando. "*Libertad de prensa y derechos fundamentales*". Konrad Adenauer Stiftung. Dejusticia. Andiarios. 2005, pp. 201 y ss. Corte Constitucional. Sentencia T-832 de 2002.

primero, a la imperiosa necesidad de que los trámites y procedimientos en él regulado se sujeten al principio en cuestión, con el fin de hacer de sus procesos un contexto democrático de transparencia.

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

Significa referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general. Bajo las estructuras de nuestro sistema jurídico, la gran regla general dominante, enseña que quienes ejercen el poder, al igual que cualquiera de los servidores públicos de cualquier orden, *"… no deben tener apenas secretos para los ciudadanos, por lo mismo que éstos son los auténticos titulares y propietarios de aquel. Es notorio, por otra parte, que los sistemas autoritarios o totalitarios tienden naturalmente a levantar un velo impenetrable de misterio sobre la actuación de sus poderes: el secreto, ciertamente, incrementa la eficacia de las técnicas de dominación y control social..."*[64].

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

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

2.7.2.- El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos[65].

---

[64] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *"Fundamentos de derecho administrativo I*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991. Pág. 251.

[65] Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2003. *"De dichos textos se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual"*.

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

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

Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad[66].

Bajo este contexto explicativo debe entenderse el inciso tercero del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, cuando señala que, *"… En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta..."*

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

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

---

[66] Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. *"…el principio contemplado en el artículo 3.º del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público..."*

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

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

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

La disposición del pliego cuestionada establece lo siguiente:

> *"4.11. Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Unico.*
>
> *De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.*
>
> *En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de $113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido"* (Resaltado por fuera del texto original).

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

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

Este razonamiento surge de lo estipulado en los numerales 1.6 y 1.7 del mismo pliego de condiciones, al establecer que el régimen legal de la licitación y del contrato, entre otras normas, comprende la Ley 1341 de 2009 en relación con la subasta como mecanismo de selección del concesionario, mandato reiterado en la segunda de las disposiciones al establecer que, *"El presente proceso de selección se realizará bajo la modalidad de Licitación Pública prevista en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, así como con lo expuesto en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 5 de octubre de 2009 (Radicado 1966), y se adjudicará mediante el mecanismo de subasta de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009".* Resaltado por fuera del texto original.

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

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

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

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

> *"Adjudicación con oferta única. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones."*

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

Bajo estas consideraciones, el sentido y querer de la administración al redactar el inciso segundo del numeral 4.11 de los pliegos es claro, al considerar que la subasta a que se refiere el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se puede regir por

las normas de la contratación ordinaria de la administración y por esta vía adjudicar la concesión y por lo tanto, permitir el acceso y uso del espectro electromagnético a un único proponente habilitado.

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

Indica la disposición al respecto que *"En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de $113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido"*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) En este sentido, el numeral 4.11 del pliego es el producto del desconocimiento absoluto del principio de la necesaria concurrencia de los actores del mercado interesados en acceder al espectro electromagnético y contratar con la administración pública la prestación del servicio de televisión privada y de cubrimiento nacional a través del mismo; principio este, derivado de la concepción constitucional de la libre competencia y que constituye un componente sustancial esencial del mismo, conforme lo establece el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, al configurar la competencia necesariamente sobre la base de la pluralidad de concurrentes y no solo de un interesado o proponente, que para el caso es la misma cosa.

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

Lo que se quiere es que los actores del mercado, que no son otra cosa que personas que guardan un interés en el acceso y uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión, puedan materializar ese interés a través de propuestas y que a partir del interaccionar de las mismas se llegue a la mejor de ellas[67].

---

[67] Sobre el concepto de interesado e interés legítimo, véase, entre otros a: Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel Derecho, 2003, pp. 721-733; García de Enterría, Eduardo

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

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

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

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

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

---

y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo II, Bogotá, Temis, 2006, pp. 1419-1424; Parada, Ramón. *Derecho Administrativo,* Parte General I, España, 2000, pp. 224-227. En el Derecho administrativo, la noción de interesado es desarrollada de manera absolutamente pacífica, es decir, hay pleno consenso al definir al interesado como aquél que participa o actúa dentro de un procedimiento o trámite administrativo. Así, los interesados pueden ser tanto personas naturales como jurídicas que hacen parte de un procedimiento administrativo, del que también forma parte la Administración. La relación entre interesados y Administración se traba entonces a partir de una relación jurídico-procesal que, a su vez, encuentra fundamento en una relación jurídico- sustantiva, es decir, que surge a partir de la existencia de una potestad-competencia, de un derecho-deber, o de un interés legítimo y que, consecuentemente, permite al interesado incoar, promover o, simplemente, participar en un procedimiento y pretender que la Administración produzca un acto. Así las cosas, quien hace parte del trámite o del procedimiento administrativo, por ser titular de un interés legítimo, es aquél que, en razón de la situación objetiva en la que se encuentra, por una circunstancia personal o por ser destinatario de una regulación jurídico-administrativa sectorial, es titular de un interés propio, en que los poderes actúen de acuerdo con el ordenamiento, cuando, con motivo de la persecución del interés general, dichos poderes inciden en el ámbito de tal interés propio, esto es, que sus derechos o intereses se pueden ver afectados por la decisión de la Administración.

desconocimiento de este postulado básico.

Como se advirtió al determinar el alcance del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma se vincula es a una pluralidad de actores del mercado interactuando, luego es en relación con el tratamiento que se le de a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y oportunidades, ligados con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, que se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención.

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

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

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

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

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

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

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

En realidad, la maximización de precios a que se refiere la base material de los procesos de selección establecida en la Ley 1341 de 2009, se desconoce abiertamente en la norma impugnada porque el precio real y definitivo a pagar por el actor del mercado interesado no surge de la competencia misma, para el caso de las pujas sucesivas al alza, sino del precio arbitrario y unilateral que claramente ha fijado la administración al estructurar el precepto, lo cual es totalmente contrario a las reglas del mercado y a los precios que deben emanar del mismo, según las previsiones imperativas del artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009.

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

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

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

2.2.4.- Conclusión:

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

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

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

4.2. La institución del impedimento persigue la salvaguarda de la imparcialidad del juzgador, como bien lo ha precisado la jurisprudencia constitucional al explicar que: *"Las normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado para garantizar la imparcialidad del juez. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda presión, es decir, que sólo esté sometido al imperio de la ley"*[68].

Ahora bien, la configuración de las causales de impedimento y los efectos que se deriven de dicha declaratoria requieren de una interpretación restrictiva[69], comoquiera que se pone en juego la seguridad de quienes intervienen en el proceso, puesto que estos obran bajo la pretensión de que la aplicación de las normas procesales y sustanciales se efectuará bajo la égida del principio de igualdad, y por otro tanto, como una clara manifestación al acceso a la administración de justicia.

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

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

5. Solicitud de copias.

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

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

---

[68] Corte Constitucional, Sentencia C-19 de 1996.

[69] A este respecto la jurisprudencia constitucional señala: *"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos).*
Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida." Auto 039/2010.

a la petición.

6. Resolución de solicitudes de impedimentos.

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

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

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

R E S U E L V E

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

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

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

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

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

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

SEPTIMO: ORDENAR expedir, por Secretaría, copia auténtica de la providencia de 19 de julio de 2010 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicación número 11001-03-

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase,

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA HERNAN ANDRADE RINCON

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO BASTIDAS BARCENAS MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO CARMEN TERESA ORTIZ DE

RODRIGUEZ

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
Ausente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MAURICIO TORRES CUERVO

OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCON

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

CON SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS Y SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Con el acostumbrado respeto, expresamos las razones por las que no estamos de acuerdo con que la Sala Plena haya respaldado la decisión de declarar la nulidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010 expedido por la Comisión Nacional de Televisión para la concesión, operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

El problema jurídico en realidad era simple: Si en una subasta queda o concurre una sola oferta hábil, ¿es válido adjudicar lo subastado?

En efecto, el problema se circunscribió a determinar si el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, en cuanto dispuso que *"(…) la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego",* violó el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, ley que, como

se verá más adelante, permite la subasta como mecanismo de adjudicación de los contratos de concesión en materia de servicios de televisión y otros.

En virtud de los principios de economía y de responsabilidad previstos en los artículos 25 [12] y 26 [3] de la Ley 80 de 1993, la Administración debe, para adjudicar y celebrar un contrato, elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos no solo para asegurar la ejecución de un contrato en condiciones de legalidad sino también en óptimas condiciones de eficacia y eficiencia. De ahí que no puede abrir licitaciones, por ejemplo, sin haber elaborado los correspondientes diseños, estudios, planos y evaluaciones necesarios tanto para que los potenciales oferentes puedan hacer ofertas útiles como para que la propia Administración pueda escoger la mejor oferta.

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 dispuso que, con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo la Comisión Nacional de Televisión, debían, 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, *"determinar si existe un número plural de interesados"* en la banda de frecuencias correspondiente. Verificada esa situación, la ley habilitó al Estado para aplicar procesos de selección objetiva, entre ellos la subasta.

"Sacar a subasta pública algo" es ofrecerlo a quien haga propuestas más ventajosas en las condiciones prefijadas, dice el DRAE que es lo que significa esa locución tan usada en el mundo de los negocios.

La subasta estatal es un mecanismo dinámico que permite que interesados efectúen ofertas al Estado con el objeto de obtener la adjudicación del respectivo contrato o negocio estatal. La subasta puede ser usada para comprar o adquirir bienes y servicios, caso en el cual se llama subasta inversa, en el sentido de que el Estado buscaría, a partir de unas condiciones mínimas, la mejor oferta consistente en el menor precio. Para vender o para sacar algo justamente a subasta, el Estado también puede utilizar el mecanismo pero de forma clásica o ascendente. Por igual, a partir de una base tanto técnica como financiera, esto es, un precio base, el Estado pretende oír ofertas que mejoren ese precio. De hecho, la Ley 1150 de 2007 dispone que las ofertas de la subasta inversa se hagan en un

proceso de licitación pública para asegurar los principios de la transparencia y de la selección objetiva.

La ley 1341 de 2009 estableció nítida y claramente que a partir de procesos de selección objetiva, el Estado podrá utilizar el mecanismo de la subasta para lo concerniente a los permisos y concesiones relacionados con el espacio radioeléctrico, en especial, pues, con los derechos de que es titular el Estado frente al servicio de la televisión.

Conviene decir que en todas las modalidades de selección va implícita la necesidad de que el Estado tenga en cuenta incluso el precio de la oferta para adjudicar el respectivo contrato. De ese modo, en la licitación pública los oferentes también hacen ofertas económicas, solo que se trata de ofertas estáticas. Una vez vencido el plazo de la licitación, la entidad responsable procede al estudio de las ofertas y ya no hay oportunidad para que los oferentes la mejoren, a diferencia de la subasta, que se caracteriza justamente por lo contrario: una oportunidad para mejorar la oferta a través de lo que se conoce como lances o pujas, que recaen sobre el precio que el interesado en el objeto subastado está dispuesto a pagar.

Independientemente de si las ofertas se hacen mediante un mecanismo dinámico o estático, lo cierto es que el Estado ha debido siempre hacer estudios técnicos y financieros previos a la subasta o la licitación. Y si se trata no de comprar bienes y servicios sino de, digamos, vender un contrato "(dar una concesión)", el precio base que ha calculado el Estado debe suponerse ya favorable a sus intereses. En otras palabras, como la Administración debe planificar[70] debidamente el contrato que va a celebrar es natural pensar que ese precio base ya tiene la ganancia esperada y que quizá en la subasta incluso mejore: es lo que llaman "maximizar" el ingreso.

En consecuencia, en los casos en que se propende maximizar el ingreso (subasta ascendente), si el precio base para las ofertas parte de ser favorable para los cometidos del Estado, es válida la aceptación de una única oferta, con mayores veras, si el titular de lo subastado condiciona la adjudicación del negocio a que el único oferente pague un porcentaje adicional a ese precio base, como

[70] "La planeación básicamente puede definirse como una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica, con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado." Juan Carlos Expósito Vélez. *La Configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*: *análisis de la selección de contratistas* Ed. Universidad Externado de Colombia. 2003. Bogotá-Colombia.

ocurriría en el caso de autos. El fin último de la actividad contractual del Estado es culminar los procesos de selección objetiva en buen término en pro de adjudicar y ejecutar el contrato para satisfacer las necesidades de la colectividad, que es una de las razones de ser del Estado.

En síntesis, la sentencia del que nos apartamos no acepta que el pliego de condiciones haya regulado el fenómeno de la presencia de una sola oferta en una subasta. Dice, en últimas, que una sola oferta contradice la razón de ser de la subasta y que viola los derechos de libre concurrencia y libre competencia y que no es garantía de nada. Pretende entonces hacer obligatorio la presencia de más de una oferta en todo proceso de licitación o subasta, lo que resulta imposible. Claro que el Estado debe posibilitar y crear las condiciones para que en la licitación o la subasta haya participación de los interesados en el negocio, pero si finalmente sólo llega uno, el Estado no queda impedido por ese hecho de negociar con él.

En síntesis, los argumentos que fundamentan la decisión de 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, son los siguientes:

- El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 constituye un instrumento para hacer viable la libre y la leal competencia a que se refieren los artículos 88 y 333 C.P., en los términos y condiciones de los numerales 2 y 7 del artículo 2 de la misma Ley. También es un instrumento que garantiza el derecho de igualdad.
- Conforme con esas normas, se debe garantizar la presencia plural de interesados proponentes que maximicen el precio a ser pagado por el mejor postor en la subasta.
- El numeral 4.11. del pliego de condiciones propició el acceso y uso del espectro electromagnético bajo condiciones que no respetan los principios de la necesaria concurrencia y pluralidad. Que no es válido adjudicar si hay una sola oferta, así pague un 10% más del precio base.
- El numeral 4.11 del pliego de condiciones violó el principio de igualdad en materia de acceso y uso del espectro electromagnético, en el sentido del respeto a la libre y leal competencia. La igualdad se garantiza, dice el fallo, haciendo efectiva la competencia mediante la vinculación de la pluralidad de actores del mercado, lo que no pasaría si queda una sola propuesta.

- La remisión que hace el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, es ilegal, porque el Decreto 2474 reglamenta un marco normativo de referencia diferente a la Ley 1341 de 2009. El procedimiento de subasta a que alude la Ley 1341 de 2009 está sujeta al principio constitucional de la libre y leal competencia.
- El numeral 4.11 del Pliego de condiciones viola los principios de conformación competida de precios y de selección objetiva establecidos en los artículos 72 y 2 (numeral 2) de la Ley 1341 de 2009, porque el precio fue fijado "arbitrariamente" por la administración. No se fijó conforme con las reglas del mercado.

Nos apartamos de todos esos argumentos, por las siguientes razones:

Leído el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, advertimos que tiene por objeto fijar las reglas generales para adelantar los procesos de asignación del espectro electromagnético a partir de la existencia de una pluralidad de interesados. También observamos que esas reglas se fijaron con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y ***la maximización*** de recursos del Estado. Vale la pena decir que todos los procesos de licitación en los que el Estado pretenda vender o concesionar derechos reales o mejor, "preferencias reales"[71] de tipo administrativo adjudicables están dirigidos naturalmente a obtener el mejor precio, sin perjuicio de otras calidades y variables del negocio que pretende entablar. Queremos decir que con que la ley haya hablado de "maximizar" recursos o ingresos no ha dicho ninguna novedad. Para

---

[71] La locución *"preferencias reales"* la utilizamos en el sentido propuesto por Alvaro D'Ors. Para este autor, al analizar la aproximación conceptual que existe entre "posesión y propiedad" del espacio, afirma que *"el llamado <<derecho de propiedad>> no es más que una preferencia sobre cosas determinadas judicialmente protegidas (…)."* Alvaro d'Òrs. La Posesión del espacio. Editorial Civitas, S.A. Madrid (España). 1998. Página 22

Jorge Adame Goddard, al referirse al libro "Nueva Introducción al Estudio del Derecho", escrito por Alvaro D'Ors, explica que *"(…) este autor prefiere hablar de «preferencias», en lugar de derechos, para designar la posibilidad de reclamar el cumplimiento de una conducta determinada o servicio. Tanto los llamados derechos reales como los derechos personales son «preferencias relativas para exigir una determinada conducta ajena en relación con una cosa que interesa » (p. 28), que presuponen la existencia de una conducta debida o servicio."*

Goddard enseña que, en el libro "Nueva Introducción al Estudio del Derecho" de D'Ors, desarrolla un capítulo en el que explica qué son las denominadas "Preferencias Reales". Y alude a estas preferencias de la siguiente manera:

"b) Preferencias Reales. **La preferencia real consiste en poder tener una cosa para usar de ella o para disponer de ella, y supone el deber general de no impedir su ejercicio;** por eso se dice que producen efectos contra todos (*erga omnes*), si bien sólo podrá ser demandada aquella persona que perturbe el ejercicio de la preferencia.

El orden de las preferencias privadas sobre los bienes, es una materia de interés público, principalmente **porque la nación tiene una preferencia originaria o dominio eminente sobre el suelo, a partir del cual se estructura todo el sistema de preferencias reales.** En concreto, este interés se manifiesta en el régimen de las preferencias reales privadas principalmente en dos aspectos: la publicidad de los actos de efectos reales y la protección de la apariencia de preferencia real. (…)"Jorge Adame Goddard. Introducción al nuevo derecho. Enero de 1999. http://works.bepress.com/jorge_carlos_adame/56

eso son las licitaciones y subastas, para crear escenarios para obtener un mayor ingreso, si se trata de vender o concesionar algo que es del Estado.

Lo primero que se deduce del artículo 72 es que las entidades públicas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), incluida la Comisión Nacional de Televisión, deben ***"determinar si existe"*** previo al ***"proceso de otorgamiento" "un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondientes".*** Una vez constatado eso, del artículo 72 se deriva que deberá optarse por procesos de selección objetiva, incluida la subasta.

Ahora bien, resulta que la licitación pública es el procedimiento por antonomasia más emblemático de la selección objetiva, que justamente asegura la participación de un número plural de interesados en el respectivo negocio. Si, como en este caso, la Comisión Nacional de Televisión optó por la licitación para buscar el adjudicatario del llamado tercer canal, naturalmente escogió el mejor camino para asegurar la comparecencia de varios interesados y se supone que tales varios interesados existen en la medida que esa autoridad escogió la licitación pública. Hasta aquí, la primera regla del artículo 72 se cumplió: se determinó, se examinó, se identificó la presencia de varios interesados en el negocio y se optó por la licitación, o simplemente se optó por la licitación, con lo cual se garantizó que un número plural de interesados pudiera hacer ofertas.

Por lo demás, el precio base fijado por la Comisión Nacional de Televisión no fue discutido en autos. No obstante, la Sala concluyó, sin prueba alguna, que el precio de base fue fijado arbitrariamente por la administración y contrariando las reglas del mercado.[72]

El numeral 4.11. del pliego de condiciones se propuso regular la adjudicación de la siguiente manera:

> "4.11. Obligatoriedad de la oferta para el proponente habilitado único. De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión

[72] Página 72 del fallo: "En realidad, la maximización de precios a que se refiere la base material de los procesos de selección establecida en la Ley 1341 de 2009, se desconoce abiertamente en la norma impugnada porque el precio real y definitivo a pagar por el actor del mercado no surge de la competencia misma, para el caso de las pujas sucesivas al alza, ***sino el precio arbitrario y unilateral que claramente ha fijado la administración al estructurar el precepto,*** lo cual es totalmente contrario a las reglas del mercado y a los precios que deben emanar del mismo, según las previsiones imperativas del artículo 2, numeral 2 de la Ley 1341 de 2009." (negrilla y cursiva fuera de texto).

> La sentencia debió considerar, al menos, un hecho de público conocimiento: que las Bancas de Inversión UT CORREVAL CGI y UT VALORACIÓN CONCESIÓN TV ABIERTA hicieron el estudio para fijar el valor de la concesión del tercer canal, estudio que, además, fue valorado por el consultor Alberto Carrasquilla Barrera, en calidad de asesor financiero externo de la Comisión Nacional de Televisión.

Nacional de Televisión podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego.

En el evento en que sólo resulte un proponente habilitado, y si la Comisión Nacional de televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la propuesta, que pagará por concepto de su oferta económica para competir y ser elegido el diez por ciento (10%) del precio base de la concesión. En tal evento, el precio de la concesión será de $113.749.900.000, que corresponde al precio base de la concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de la Oferta económica para competir y ser elegido."

Simplemente y de ahí la sencillez que vemos en el problema jurídico que la Sala ha estudiado en este caso, el pliego de condiciones, como norma de la licitación y con toda razón, prevé la circunstancia no extraña ni extravagante de que finalmente sólo haya una oferta. Si esto pasara, habrá lugar a la adjudicación pero el oferente deberá pagar un 10% adicional al precio base. También es de suponer que ese 10% es una "maximización" razonable. Nadie discutió que no fuera así. Para contradecir eso se habría necesitado peritos y nadie los pidió.

En otras leyes, o en otros pliegos de condiciones, se ha visto la norma según la cual, en los casos de quedar un único oferente o proponente, la Administración puede abrir un nuevo plazo para conceder una nueva oportunidad de oír ofertas y si en ese nuevo plazo tampoco se presenta sino una oferta, no habrá más camino que adjudicar el contrato si naturalmente el Estado tiene la necesidad del negocio jurídico. Pero bien puede, en un momento dado, la Administración, en el pliego de condiciones, señalar que, en virtud del principio de autotutela administrativa, no habrá esa segunda oportunidad sino que se procederá a la adjudicación, pues razones de conveniencia así lo aconsejarían.

Comparados los textos del artículo 72 de la Ley con los textos del pliego de condiciones, de ninguna manera surge la violación de esa ley, ni por aplicación indebida, ni por interpretación errónea, ni por falta de aplicación.

Ahora, cuando la llamada por la ley *"pluralidad de interesados"*, cuya existencia verificó el Estado oportunamente, concurre a la licitación, depende de la voluntad de esos interesados, más no de la voluntad del Estado, que decidan

proseguir y culminar el proceso conforme con las reglas de selección objetiva que el propio pliego de condiciones fijó.

Consideramos, con sumo respeto, que fue la Sala la que perdió de vista los verdaderos alcances de la libre concurrencia y la libre competencia. El Estado abrió la licitación para aumentar competidores en el restringidísimo mercado colombiano de la televisión abierta. La autoridad que maneja lo relacionado con el servicio público de televisión ha constatado que justamente para asegurar o garantizar a favor de los consumidores y usuarios del servicio la libre competencia, es necesario que Colombia cuente con más proveedores de televisión. La licitación y la subasta son mecanismos para lograr ese cometido. Las trabas a los procesos licitatorios, la manipulación de esos procedimientos, las interpretaciones legales por muy bien intencionadas que sean, pero dirigidas finalmente no a que haya más competencia sino menos, pues terminan por acabar con esos propósitos estatales en relación con el servicio de la televisión.

La regla del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en cuanto exige al Estado *"determinar si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente",* parte del presupuesto de que verifique si hay iniciativa privada para concurrir a los procesos de adjudicación y concesión de los derechos al espectro electromagnético. La Licitación Pública No. 002 de 2010 cumplió ese presupuesto y, en general, respetó el principio de planeación contractual[73], de lo contrario, no se habría hecho la convocatoria e iniciado el proceso mediante licitación que aseguraba la pluralidad de oferentes.

La sentencia, queriendo ver más, ver menos, pues no observó que las reglas para los procesos de asignación del espectro electromagnético con pluralidad de interesados (como la licitación con subasta) tienen por objeto asegurar procesos transparentes y asegurar la maximización de recursos por parte del Estado, tal como lo señala la Ley 1341 de 2009.

---

[73] Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad. Externado de Colombia, 2000, p. 148 "La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

"Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y en cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deben materializarse a favor de los intereses comunales"

La transparencia se garantiza aplicando, *per se*, modalidades de selección objetivas cuyas convocatorias prevean reglas de juego claras. La Licitación Pública No. 002 de 2010 era una modalidad de selección objetiva que atendió las reglas previstas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en las condiciones anteriormente anotadas.

La Sala también consideró que la remisión que hace el numeral 4.11. del Pliego de condiciones al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, es ilegal, porque el Decreto 2474 reglamenta un marco normativo diferente al trazado por la Ley 1341 de 2009. Dijo que el procedimiento de subasta a que alude la Ley 1341 de 2009 está sujeto al principio constitucional de la libre y leal competencia.[74]

Consideramos que los anteriores argumentos no son pertinentes por cuanto toda modalidad de selección objetiva, reiteramos, implica que *"la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca"*. Y, en todo caso, cualquier procedimiento de selección objetiva, sea el previsto en el Decreto 2474 de 2008 o en la Ley 1341 de 2009 está sujeto al principio constitucional de la libre y leal competencia, ninguno más que otro.

La Licitación Pública No. 002 de 2010, como modalidad de selección objetiva, optó por la subasta ascendente como mecanismo de adjudicación, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009. Esto es, para buscar los oferentes: la licitación. Y, para adjudicar: la subasta.

La Comisión Nacional de Televisión, mediante esa licitación, dispuso en el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones una regla clara en el sentido de que si se presentaba una sola propuesta y cumplía los requisitos habilitantes exigidos y satisfacía los requerimientos contenidos en el Pliego, no se abriría una nueva licitación pública sino que se debería adjudicar el contrato al oferente único. Además, ese oferente debía pagar un 10% más sobre el precio base de la concesión.

---

[74] Se dijo en la sentencia: Para la Sala, no hay que hacer mucho esfuerzo para entender que si la norma que se pretende aplicar por remisión parte de unas bases sustancialmente diversas, como es la aceptación de la presencia de único proponente para una subasta pública, esta consideración excluye de inmediato cualquier posibilidad en evidente e incontrovertible violación del ordenamiento superior.

El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 es una norma especial, que contiene situaciones especialmente referidas al acceso y uso del espectro electromagnético, de la postulación de reglas igualmente especiales soportadas en principios particulares derivados de la libre competencia económica, luego cualquier remisión normativa de ser posible, sólo se puede hacer manteniendo y preservando estos claros conceptos directores de la interpretación y de la hermenéutica jurídica.
Luego solo a partir de esta providencia la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo está fijando precedente en la materia."

Ese numeral no contradice el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, porque Interpretado ese artículo conforme con los criterios de interpretación previstos en el artículo 7º de la Ley misma ley, y aún, haciendo gran énfasis en la promoción y garantía de la libre y leal competencia, principio regulado en el artículo 2º ídem, no se puede exigir al Estado que persuada y obligue a los interesados en una convocatoria a que presenten sus propuestas, y que hayan lances o pujas.

Una norma así, sí sería violatoria de la iniciativa privada. Pero sí es deber del Estado establecer reglas que coadyuven a la consecución de los propósitos y fines estatales relacionados con los servicios que maneja, presta o controla.

El interés general en la concesión de un tercer canal de televisión abierta, de operación privada y de cubrimiento nacional radica en ofrecer más alternativas al consumidor del servicio público de televisión, hecho que, se suele decir, puede mejorar la calidad de los servicios y los bienes ofrecidos en el mercado.

Los derechos de los consumidores o usuarios, como la Sección Tercera del Consejo de Estado lo ha reiterado *"(…) 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."* [75]

Nunca la Sala pudo responder estos interrogantes: si se vuelve a abrir la licitación y vuelve a presentarse en uno o dos años un solo oferente o proponente a pesar de haberse dado oportunidad a todos los interesados para comprar el pliego y hacer la oferta, ¿volverá a ser ilegal el hecho de que quede un solo oferente?. ¿Cuándo va a ser legal de aquí en adelante que haya una sola oferta o un solo licitador o una sola propuesta en un proceso de escogencia en el que se haya dado garantía de participación a todos quienes estuvieren interesados en el mismo? ¿Cómo obligar a particulares a presentar ofertas?

Pero lo que se deduce de la sentencia de la que nos apartamos es que en Colombia viola la libre competencia el hecho de que la Administración abra una licitación para que vayan o concurran interesados en el negocio; que solo se

[75] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). Actor: GABRIEL CAMILO FRAIJA MASSY

presente uno, que los demás quizá adrede no vayan o concurran a la licitación porque no les interesa otro competidor; cuando en realidad lo que viola la libre competencia y la libertad económica es que haya en el mercado exasperantes minorías a cargo de atenderlo.

Es más, la sentencia causa inseguridad jurídica, pues desconoce el derecho de preferencia real[76] de la comunidad, administrado por el Estado, en la concesión del espectro electromagnético[77], porque está impidiendo su ejercicio. Por último, no transmite confianza. ¿Cómo así que un Estado, hace estudios, se supone serios, sobre el mercado de televisión, oferta un contrato de concesión mediante un pliego de condiciones ampliamente discutido, y luego, así no más, otra autoridad del Estado, la judicial, interviene en la interpretación del pliego para echar abajo el proceso de negociación? ¿En dónde queda el derecho de preferencia real del Estado de concesionar el espectro electromagnético? ¿Cuál seguridad jurídica?.

En estos términos dejamos sentado nuestro disentimiento.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS **SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

Fecha ut supra

CON SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Y WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Con el acostumbrado respeto por la Sala, exponemos a continuación las razones por las cuales nos apartamos de la decisión mayoritaria respecto de declarar la nulidad del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010 expedido por la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISÓN para la

[76] Idem 2

[77] "**Carta Política. Artículo 75**. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandado de la ley para evitar **las prácticas monopolísticas** en el uso del espectro electromagnético" (negrila fuera de texto.)

concesión, operación y explotación de un tercer canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

Consideramos que con esta providencia estamos incurriendo a nombre del Estado, en lo que una doctrina ya muy consolidada en esta materia de la Competencia, ha calificado como "Abuso Automático de Posición Dominante", donde no es la Comisión Nacional de Televisión como Autoridad Administrativa la que restringe la competencia en el mercado de la televisión, sino el propio Estado en cabeza del Consejo de Estado el que obtiene este resultado como consecuencia de un error judicial, derivado del fallo del que discrepamos.

No debe olvidarse que la ley Estatutaria de Administración de Justicia define el error judicial como *"el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley"* (art. 65).

Esta afirmación la hacemos, basándonos en que el fallo de la referencia, si bien trae una gran cantidad de doctrina jurídica, no la contextualiza en este caso concreto, y so pretexto de promover la competencia en el sector de la televisión, en su resultado, conduce a todo lo contrario, esto es, a restringir el ingreso al mercado de un competidor legítimo, cuya presencia incrementaría la oferta televisiva a favor del consumidor colombiano, y condena a éste a seguir sufriendo un duopolio cuya permanencia favorece y estimula esta providencia, en detrimento de la competencia real, practicable y efectiva.

El fallo que objetamos elude la consideración del contexto económico en que han de aplicarse las normas de que se ocupa, desconociendo que, como bien lo ha señalado el DR. Humberto Sierra Porto: "*La aproximación de la aplicación del derecho y la economía es la tendencia".*

Según el mismo autor:

> *El nuevo papel, las nuevas responsabilidades de los jueces en la resolución de retos más interesantes y frente al cual estamos menos preparados: la necesaria compatibilidad o armonía que debe existir entre el derecho y la economía, la necesidad de que en lo posible sean compatibles las decisiones jurídicas con una racionalidad económica. (…)*
>
> *Se trata de una simple constatación, el derecho es una disciplina que debe ir más allá de la ciencia jurídica, esto es de la comprensión o entendimiento de que no es capaz de dar respuestas justas, sin otra consideración que los criterios y principios contenidos en el mismo. El derecho es una realidad susceptible de distintas perspectivas, una de ellas (quizá la más relevante) es la de ciencia jurídica, pero no es la única. La perspectiva sociológica, y dentro de ésta la economía, nos obliga a estudiar la relación del derecho con los hechos, conclusión: el análisis económico de las decisiones judiciales se presenta como un elemento propio del proceso de decisión judicial.*
>
> *El fundamento jurídico en el ordenamiento colombiano que obliga a considerar los elementos de la economía, es el Artículo 228 que establece un mandato dirigido a hacer prevalecer el derecho sustancial y tener en cuenta consideraciones de vigencia efectiva de las decisiones, y esto es válido tanto para el caso concreto como para el conglomerado social en su conjunto*[78]*.*

Son varios los errores de enfoque que advertimos en este fallo, que incluso, nos atrevemos a decir, puede ser demoledor para el futuro de la competencia en Colombia, ya que así no es como existe ni se practica, en el resto del mundo y, como lo dijo Frédéric Bastiat, economista y político francés, *"destruir la competencia, es matar la inteligencia"*[79]*.*

Para comprender los alcances anticompetitivos del fallo, antes de entrar en el caso concreto, es necesario precisar varios conceptos a saber: (i) la libre competencia y la libertad de empresa; (ii) el mercado y la noción de competencia; (iii) el mercado relevante; (iv) Las conductas plurilaterales en el derecho de la libre competencia; (v) la posición dominante en el mercado y el abuso de la misma; (vi) la posición dominante conjunta; (vii) la concentración y defensa de la libre competencia:

[78] Sierra Porto, Humberto, "La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado" 01 de julio de 2008. http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_10.pdf
[79] Citado por Cabanes Christophe y Neveu Benoît, "Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics", Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008.

prohibición de las prácticas colusorias y prohibición de abusos de posición dominante en el mercado; (viii) la política de la competencia y la regulación: la defensa de la estructura de la competencia como función pública; (ix) el pluralismo y concentración empresarial; (x) la estructura del mercado de la televisión; (xi) el abuso automático de posición dominante y el impacto en el mercado de las decisiones del juez administrativo; (xii) la estructura del mercado de la televisión.

Después en el análisis del caso concreto se abordarán los temas de (i) libre competencia con varios oferentes en el mercado y pluralidad de interesados en una licitación; (ii) indebida interpretación normativa y proponente único y (iii) posibles implicaciones internacionales del fallo.

1. LA LIBRE COMPETENCIA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Sobre la libre competencia, la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución la define 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 económicos.*
>
> *En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio[80], de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado[81].*

La misma Corporación ha sostenido también que la libertad de empresa consiste en la *"libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de*

---

[80] Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo.
[81] C-150-03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios[82]*".* Así las cosas, la libertad de empresa implica *"el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional*[83]*"*, que para el caso colombiano se fundamenta en la libertad de competencia y en una *"economía social de mercado"*[84][85]*.*

Respecto de la libre competencia la Corte Constitucional ha dicho que:

> *Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren*[86]*.*

También ha señalado el alto Tribunal Constitucional que:

> *Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.*[87] *En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas*[88]*.*

---

[82] Sentencia C-524 de 1995.
[83] Ibídem.
[84] Sentencia C-1040 de 2007. En esa oportunidad la Corte señaló: *"Si bien esta Corporación ha insistido en que la adopción del principio de Estado Social de Derecho no supuso la constitucionalización de* "un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias *(C-616 de 2001)", eso no quiere decir que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o del Estado. Por el contrario* "el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los limites del quehacer estatal *(C-616 de 2001)."*
[85] C-352-09 Luís Ernesto Vargas Silva
[86] C-616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[87] *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-815/01, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
[88] C-228 de 2010 M.P.Luis Ernesto Vargas Silva

La competencia, además, no es un fin en si misma sino un medio tendiente a satisfacer objetivos sociales y económicos. El Estado debe intervenir si ella no puede atender tales fines o pone en riesgo su consecución[89].

Como lo señala Alain Bienyame en su artículo *"L'intérêt du consommateur dans l'aplplication du droit de la concurrence: un point de vue d'economiste"*[90], el derecho de la competencia debe ir de la mano con el derecho del consumidor para alcanzar fines socialmente deseables.

Los intereses inmediatos y concretos de los consumidores están directamente en juego dentro del dominio de la producción y distribución de bienes y servicios de consumo amplio. Ellos deben ser tomados en cuenta en forma adecuada y explícita en la apreciación de las prácticas restrictivas de la competencia sometidas a consideración de los jueces.

La competencia es el precio que los productores o prestadores de servicios deben aceptar para beneficiar a los consumidores con la más amplia libertad de escogencia posible.

Es preciso reconocer que la competencia se desarrolla en un mundo mucho más complejo que el de la competencia pura y necesita por tanto una visión menos reductora de la vida social. Son los consumidores quienes se ven privados en su libertad, es decir sin capacidad de opción, cuando un competidor no puede entrar a un mercado donde ya coexisten dos operadores, siempre que reúna los requisitos legales y constitucionales para hacerlo.

---

[89] Kovar Jean Philippe *"La soumission des actes de puissance públique au droit français de la concurrence"* Memoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A. de droit des affaires 1999-2000 Université Robert Schuman- Strasbourg III Faculte de Droit et des Sciences Politiques. http://cde.alsace.cnrs.fr/IMG/pdf/KOVAR.pdf

[90] Bienyame, Alain *"L'intérêt du consommateur dans l'aplplication du droit de la concurrence: un point de vue d'economiste"*, en Revue Internationale de Droit Economique publicada por la Asociación Internacional de Derecho Económico t. IX, 3, 1995.

Si la satisfacción y bienestar de los consumidores es la finalidad última de toda actividad económica, la competencia en el mercado es la disciplina que permite alcanzar, entre otros, ese fin. En consecuencia toda actividad que estimule conductas anticoncurrenciales debe ser condenada y así el derecho de la competencia encuentra su legitimidad en su vocación de defender también la libertad de los consumidores[91].

2. EL MERCADO Y LA NOCIÓN DE COMPETENCIA.

El mercado es un espacio real, un escenario donde las empresas se encuentran en pugna para conquistar el favor de los consumidores hacia sus bienes o servicios, efecto para el cual implementan sus mejores estrategias.

Para estudiar la forma como funcionan los mercados, la Economía ha elaborado algunos modelos que facilitan su entendimiento:

Oscar Ibáñez Parra[92] expone en la siguiente forma los criterios económicos sobre la competencia:

> *Así, para los economistas existen dos modelos de competencia económica: la competencia perfecta o pura, y la competencia imperfecta. La primera, se encuentra caracterizada como aquella forma de mercado en el que participan un gran número de operadores económicos, cada uno de los cuales es incapaz por sí solo de influir mediante su conducta y a través de su propia política empresarial en el proceso de formación de los precios[93]. En este modelo, el precio para el empresario es siempre un dato objetivo y externo,*

[91] Cfr. Bienyame, Alain *"L'intérêt du consommateur dans l'aplplication du droit de la concurrente: un point de vue d'economiste"*, en Revue Internationale de Droit Economique publicada por la Asociación Internacional de Derecho Económico t. IX, 3, 1995.

[92] Ibáñez Parra, Oscar El Modelo de Competencia Económica Practicable en el TLC entre Colombia y Estados Unidos. Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, núm. 9, diciembre, 2005 Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar Reservados todos los derechos de autor Diciembre 2005

[93] BARRE, R. *Economía Política,* 7a ed. t. I, Barcelona, 1973, pp. 416-425.

que le es suministrado por el proceso económico general; lejos de configurar el nivel de precios y calidades, el empresario tiene que adaptar su comportamiento económico a pautas que le vienen impuestas por el propio mercado, como instancia externa a su esfera de actuación.[94]

Para FONT GALÁN[95]*, el esquema teórico de la competencia perfecta o pura, se configuraría por la confluencia simultánea de las siguientes condiciones:*

Libertad de acceso al mercado: Toda persona que quiera emprender una actividad económica es libre de hacerlo, y los empresarios ya presentes en el sector no pueden impedirlo.
Atomismo del mercado: Tanto del lado de la oferta como de la demanda, existe en el mercado un número considerable de unidades económicas independientes entre sí.
Homogeneidad de los productos o servicios: Todos los empresarios de un mismo sector ofrecen al mercado bienes o servicios que los consumidores o usuarios juzgan homogéneos o idénticos.
Ausencia de un poder de control sobre los precios: Siendo idénticos los productos o servicios en el mercado, ningún empresario se encuentra en la posibilidad de elevar el precio por encima del común que rija en el mercado, el cual se forma siempre según el libre juego de la oferta y la demanda, y, siendo tan numerosos los empresarios ninguno de ellos puede deprimir el precio del mercado aunque doble o triplique la producción.
Transparencia del mercado: Todos los vendedores y compradores actuales o potenciales del mercado están perfectamente informados acerca de los precios y características de los bienes y de las oportunidades existentes de vender y comprar.
Movilidad de los factores de producción: Estos son totalmente transferibles y pueden ser empleados en cualquier ramo industrial.
Finalidad del máximo beneficio y utilidad: Bajo las condiciones de una competencia perfecta los empresarios buscan la finalidad de conseguir el máximo beneficio posible, y los consumidores o usuarios la máxima utilidad.

Sin embargo, aunque pueden existir mercados que se aproximen al modelo de competencia perfecta, la realidad de los mercados es la competencia imperfecta.[96] *Bajo ésta categoría se agrupan todos los modelos alejados de los elementos caracterizadores de la competencia perfecta o pura, en especial, la situación de monopolio puro.*

En todos los casos en que los oferentes pueden incidir conscientemente sobre el precio mediante la alteración de la producción u otros mecanismos, nos encontramos ante una situación de competencia imperfecta.

El Monopolio se caracteriza por ser una situación en la que hay un solo vendedor en el mercado, lo que implica el polo opuesto a la competencia perfecta.

---

[94] FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA A.-L. “Derecho Mercantil Internacional”.
Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1995, . p. 256.

[95] FONT GALÁN, J. I. *Constitución Económica y derecho de la competencia.* Tecnos, Madrid, 1987.
[96] ROBINSON, J. *The Economics of Imperfect Competition,* London, 1934.

El monopolista tiene un considerable poder sobre el precio y probablemente fijará un precio superior al que existe en competencia, tendrá una producción inferior y obtendrá utilidades superiores a las normales, mientras los consumidores se enfrentarán a precios superiores lo que genera una pérdida en el bienestar[97].

El oligopolio por su parte consiste en un mercado con pocos actores, cada uno de los cuales tiene, por tanto, un porcentaje importante de participación y ello genera una interdependencia entre ellos, de manera que cada vendedor genera reacciones en sus rivales al determinar su producción y precios y por ello al tomar esas decisiones debe anticipar tales reacciones[98].

Existe otra distinción que trae Maximiliano Marzetti[99] y es la de la competencia eficiente o practicable que expone así:

> *Es una especie de solución práctica, una competencia practicable en el mundo real, posible, eficiente. Se origina en una obra de John M. Clark, Workable Competition.*
>
> *Admite ciertos matices. Este paradigma permite que en una economía de mercado existan monopolios legales y naturales (por ser más eficientes, e.g. servicios públicos, patentes de invención, etc.). Suele ser la teoría inspiradora o subyacente de las LDC modernas.*

3. EL MERCADO RELEVANTE.

El mercado pertinente o relevante, a su vez, permite establecer el ámbito geográfico dentro del cual se lleva a cabo la competencia y los bienes y servicios específicos sobre los cuales recae dicha competencia. El mercado geográfico de referencia *"comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de*

---

[97] Cfr. Ibídem
[98] Cfr. Tovar Mena, Teresa. "Paralelismo y Abuso de Posición de Dominio en Conjunto" http://usuarios.multimania.es/mercolexdata/documentos/TTovar-DomConj.pdf

[99] Marzetti Maximiliano "Clase de defensa de la competencia". Mayo 2005. Derecho Argentino de Defensa de la Competencia. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. http://works.bepress.com/maximiliano_marzetti/14

referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas"[100].

La Comisión de la Comunidad Europea ha establecido que: *"…el objetivo de definir el mercado tanto de producto como en su dimensión geográfica, es identificar los competidores actuales que serían capaces de contrarrestar el comportamiento de otros intervinientes en el mercado y evitar que ellos se comporten independientemente de una presión competitiva efectiva. El concepto de mercado relevante es diferente del utilizado a menudo en otros contextos. Por ejemplo las empresas utilizan normalmente el concepto de mercado para referirse al área donde ellas venden sus productos, o para referirse más ampliamente al sector o industria a que pertenecen*"[101].

Es así como el entendimiento del mercado relevante resulta de gran importancia en las decisiones estatales que, como ocurre en el presente caso, afectan la competencia en el mercado.

4. LAS CONDUCTAS PLURILATERALES EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Maria Fernanda Juppet Ewing hace un análisis de las conductas contrarias a la libre competencia en los siguientes términos:

> *De acuerdo al profesor Domingo Valdés Prieto, las conductas colusorias corresponden a un tipo de monopolio por unificación o concentración, en el que no existe un único agente de mercado que constituya un monopolio, pero busca eliminar a la competencia de su mercado. Para esto, puede*

---

[101] Commission notice on the definition of the relevant markuet for the prposes of community competition law. www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma en .html

> *desempeñar una de dos conductas: en primer lugar, expulsa a competidores potenciales del mercado; o, en segundo lugar, se colude con los otros miembros de mercado. Ello genera un acuerdo tendiente a eliminar la competencia, produciendo un monopolio estructural el cual es consecuencia de las conductas desplegadas por los competidores. Éstos "son refrenados en su intento de ingresar, se le invita o fuerza a formar un bloque o fórmula de concertación que elimina la competencia o bien los competidores existentes son expulsados del mercado relevante por otras vías" (Valdés, 2006, p.26).*

La autora distingue entre *"conductas colusorias e ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia".*

Por conductas colusorias entiende las acciones desarrolladas por dos o más agentes en el mercado cuyo objetivo es impedir el libre juego de la competencia.

Acepta que no todos los acuerdos a que puedan llegar los actores en un mercado dado pueden catalogarse como contrarios a la libre competencia, por ejemplo cuando deciden realizar investigación conjunta compartiendo el financiamiento de la misma, o negociar conjuntamente la compra de materias primas para bajar los costos de producción.

No obstante, señala Juppet, si la conducta desplegada por las empresas tiene por objeto la determinación de los precios, cuotas de mercado o el establecimiento de barreras para impedir la entrada de nuevos competidores al mercado, la situación puede implicar una conducta ilícita pasible de ser sancionada, en tanto les permite *"romper el equilibrio del mercado relevante en el cual se desempeñan, adquiriendo y abusando, en conjunto, de poder de mercado"*.

En este punto cabe establecer también una diferencia entre competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia así:

DIFERENCIA ENTRE COMPETENCIA DESLEAL Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

ASPECTOS DIFERENCIADORES	COMPETENCIA DESLEAL	PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA
BIEN JURIDICO PROTEGIDO	Participantes en el mercado	Consumidores y Competidores (INTERES GENERAL)
AUTORIDAD	Juez Civil del Circuito Funciones Administrativo-Jurisdiccionales de Superindustria	Superintendencia de Industria y Comercio (excepción aeronáutica civil y Superfinanciera)
PROCEDIMIENTO	Judicial	Administrativo
LEGITIMACION PARA INCOAR EL PROCEDIMIENTO	Amenazado, afectado, procurador, asociaciones o corporaciones profesionales o de consumidores	Cualquier persona aun de oficio
MEDIDAS	Detener la practica Indemnizar perjuicios	Detener la practica Imponer multas

5. LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO Y EL ABUSO DE LA MISMA.

Como lo señala Laguna de Paz en su obra “Televisión y competencia”[102] el concepto de posición dominante en el mercado, se obtiene a partir de la definición de cada uno se sus elementos así:

[102] Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

En primer lugar, una o más empresas[103] se encuentran en una 'posición dominante' cuando no están sometidas a una competencia sustancial o efectiva[104]. La cuestión es, precisamente, saber cuando se da por su lado, una capacidad para ejercer, por si solas, una influencia notable en el mercado; y, por otro, su aptitud para determinar su actuación sin necesidad de tener excesivamente en cuenta los comportamientos de sus competidores, consumidores y proveedores (asuntos 'Continental Can, United Brands')[105]. De manera más analítica, pueden tomarse en consideración una serie de parámetros, que revelan, tanto la estructura de la empresa (nivel de integración vertical; potencial económico; avance tecnológico y la existencia de redes comerciales perfeccionadas)[106], como su posición de mercado y su situación competencial (cuota de mercado, relativa y absoluta, que es el indicio más importante[107]; posibilidad de competencia potencial o de sustitución; montante, relativo y absoluto, de los beneficios de una empresa; comportamiento de la clientela).

Indudablemente, la posición de dominio está presente cuando la empresa disfruta de una posición monopolística. En cambio, no es este ya el caso de las empresas oligopolísticas, que –al verse recíprocamente influídas- no pueden determinar unilateralmente sus comportamientos en el mercado. Cuestión distinta es que dichas empresas suscriban acuerdos colusorios, de los que resulte una posición dominante[108].

---

[103] En el asunto fútbol extranjero por televisión (Resolución de 12 de septiembre de 1994), se discutió si la federación debía o no ser considerada una empresa y, en consecuencia, someterse al artículo 6LDComp. A este respecto el TDC señaló que el derecho de la competencia tiende a ampliar su ámbito de aplicación para incorporar, no solo a las empresas, sino también a los agentes económicos que participan en el mercado. Esta concepción aparece ya consagrada en el artículo 3 LCompD. En esta línea, tanto la jurisprudencia comunitaria, como las Resoluciones del TDC consideran empresa a todo operador o agente económico que actúa en el mercado, cualquiera que sea su naturaleza. Para la RFEF su condición de agente económico resulta de la ley del Deporte y se manifiesta en la explotación comercial de los derechos de retransmisión de los partidos de la selección nacional, de los campeonatos de liga y de la copa de S.M. el Rey, que lleva a cabo directamente o a través de la liga de fútbol. Nota en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312.

[104] Rodríguez Artigas, F.: "Sobre el abuso de posición dominante de defensa de la libre competencia", AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Cívitas, Madrid, 1996. En su Resolución de 20 de junio de 1996 (asunto Televisión Burgos), el TDC recuerda que la existencia de una posición dominante presupone que la empresa sea la única oferente del producto, o bien que –aún no siéndolo-, no esté sujeta a una competencia sustancial. En el caso controvertido, no se daba dicha situación, ya que la producción, distribución e instalación de amplificadores era realizada por una pluralidad de empresas distintas de Abitel.

[105] Bercovitz, A. "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en García de Enterría, E., González Campos J.D., Muñoz Machado, S., Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo II, Civitas, Madrid, 1986.

[106] Rodríguez Artigas F.: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Cívitas, Madrid, 1996 en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

[107] Se ha dicho, no obstante, que una significativa cuota de mercado es condición necesaria, pero no suficiente, para definir la posición dominante, que –pese a todo- puede faltar cuando el mercado tenga una estructura peculiar, o cuando dicha posición tenga una escasa solidez. En este sentido, se afirma que la posición dominante, sobre todo, se caracteriza por entrañar una barrera a la entrada del mercado, entendiendo por tal cualquier obstáculo –económico, administrativo o técnico- que impida o haga muy difícil la entrada de otras empresas en dicho mercado. Delli Priscolli, L: " La posizione dominante come presenza di una barriera" Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dette Obligazioni, num. 1, 1999, pp (Negrilla fuera del texto) 226 y ss.

[108] Bercovitz, A. "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en García de Enterría, E., González Campos J.D., Muñoz Machado, S., Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo II, Civitas, Madrid, 1986¸ Rodríguez Artigas F.: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Cívitas, Madrid, 1996, en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

De acuerdo con M.C. Boutard Labarde, y otros[109], La posición dominante está constituida por la ausencia de una competencia efectiva sobre el mercado y el poder que, de esa manera, posee una empresa para ejercer una influencia determinante en la política de sus competidores.

En este orden de ideas, según el mismo autor, la existencia de una posición dominante no exige la ausencia absoluta de competidores: es suficiente que esos competidores no pongan en entredicho el poder de esa empresa de influenciar notablemente las condiciones dentro de las cuales se ha de desarrollar la competencia y que ello no les permita comportarse sin tenerla en cuenta.

Consecuencia de lo anterior es, según Laguna de Paz, que la apreciación de la posición dominante de una empresa o grupo de empresas se hace necesariamente sobre el mercado, de suerte que el análisis económico a partir del cual se caracteriza tal situación parte siempre de la delimitación del mercado pertinente. Solo si está bien definido el mercado relevante, la existencia o no de una posición dominante puede caracterizarse correctamente.

Siguiendo al mismo autor, un vínculo económico puede existir entre los operadores de un oligopolio, en este caso un duopolio, el cual, dentro de un mercado que tenga las características apropiadas, esos operadores están en condiciones de prever sus comportamientos recíprocos y están por tanto fuertemente incitados a alinear su comportamiento sobre el mercado, de manera que maximicen su beneficio. En efecto, en un contexto así cada operador sabe que una acción fuertemente concurrencial de su parte, destinada a aumentar su

[109] M.C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens “L’Application en France du droit des praqtiques anticoncurrentielles” Droit des Affaires. París L.G.D.J., en Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

porción de mercado provocará una acción idéntica de parte de los otros, de manera que no obtendrá una ventaja de su iniciativa.

Los vínculos de estructura no son indispensables para caracterizar la posición dominante colectiva, la cual puede resultar de la simple aptitud de coordinar los comportamientos por la observación directa y recíproca de los competidores.

El abuso de la posición dominante puede producirse (i) por prácticas que tengan por objeto o puedan tener como efecto eliminar los competidores o impedir el ingreso al mercado de un nuevo competidor; y (ii) por comportamientos que una empresa no podría adoptar sin comprometer su propio interés en un mercado concurrencial si ella no tuviera una posición dominante.

La primera, se entiende como un abuso de estructura, lo que implica el comportamiento de una empresa en posición dominante que tienen la capacidad de influir en la estructura de un mercado o afecta las condiciones de ejercicio o la intensidad de la competencia en un mercado, lo que implica en la práctica la exclusión de los competidores actuales o potenciales. La segunda se entiende como un abuso de resultados, donde la empresa parte de su poder de mercado para obtener ventajas de sus clientes o proveedores que una competencia efectiva no le habría permitido obtener. El abuso de estructura se denomina también abuso de exclusión y el abuso de resultado como abuso de comportamiento o abuso de explotación.

En la Comunidad Europea *"[n]o se requiere que la actuación tenga por objeto o efecto la restricción de la concurrencia, pues el artículo 82 del TCE[110] parte de que la competencia está ya restringida por la existencia de una posición dominante. En la práctica sin embargo, no es fácil trazar la división que separa las conductas*

[110] Tratado de la Comunidad Europea

prohibidas de las permitidas. Muchas veces, se trata de comportamientos admisibles en una situación de competencia normal, pero no cuando la empresa detenta una posición dominante en el mercado"[111].

Añade Laguna de Paz que *"Se ha dicho, no obstante, que una significativa cuota de mercado es condición necesaria, pero no suficiente, para definir la posición dominante, que –pese a todo- puede faltar cuando el mercado tenga una estructura peculiar, o cuando dicha posición tenga una escasa solidez. En este sentido, se afirma que la posición dominante, sobre todo, se caracteriza por entrañar una barrera a la entrada en el mercado, entendiendo por tal cualquier obstáculo –económico, administrativo o técnico- que impida o haga muy difícil la entrada de otras empresas en dicho mercado"*[112].

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado respecto de la posición dominante que:

> *Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores*[113].

A su vez el artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del texto constitucional, ha definido la posición dominante así:

---

[111] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000.

[112] Delli Priscolli, L. "La Posizione dominante come presenza di una barriera" Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obligación, num, 1, 1999, pp. 226 y ss. Citado en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

[113] Sentencia C-616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Posición Dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

Para determinar la existencia de una posición dominante es necesario entonces hacer un análisis caso por caso en el que se tomen en cuenta las especiales características de la empresa de que se trate y el mercado en que ella opera[114].

6. LA POSICIÓN DOMINANTE CONJUNTA

Se trata de una situación en la cual *"los miembros de un cartel, duopolio, oligopolio o circunstancia similar del mercado, toman decisiones sobre fijación de precios o producción con el objeto de maximizar las utilidades de los grupos en general. En esencia, las empresas participantes pretenden actuar como un monopolio. Debe agregarse que la maximización conjunta de utilidades no necesariamente implica colusión ni acuerdo entre las empresas. Las compañías pueden adoptar, independientemente, estrategias de precios-producción, tomando en cuenta las reacciones de sus rivales y, por ende, producen una maximización conjunta de utilidades"*[115].

El concepto de posición dominante conjunta o colusión tácita, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Unión Europea, con base en la aplicación del artículo 82 del Tratado de Roma, que en lo pertinente dice:

> Artículo 82. .*Se encuentra prohibido y es incompatible con el mercado común cualquier* ***abuso, por una o más empresas, de una posición de dominio*** *en el mercado común o en una parte substancial del mismo en tanto afecte el comercio entre los Estados Miembros. Tal abuso puede consistir, en particular, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de venta injustificadas; b) limitar la producción, el mercado o el progreso técnico en perjuicio de los consumidores; (...)*..(Subrayado fuera del texto)

---

[114] Cfr. Derecho y Política de la Competencia en Colombia" Examen inter pares OCDE 2009

[115] "Glosario de Terminos Relativos a la Economia de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia/Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law". Banco Mundial / The World Bank y/& OECD" 1996

En aplicación de este artículo la jurisprudencia europea concluyó, en principio, que empresas independientes, con determinados vínculos económicos, podían configurar una posición dominante conjunta (caso *Italian Flat Glass*[116]).

Posteriormente, en el caso *Companie Maritime Belge* el Tribunal de Justicia señaló que:

> *.36. (...) la expresión "más empresas" contenida en el artículo [82] del Tratado implica que una posición dominante puede estar ocupada por dos o más entidades económicas, jurídicamente independientes entre sí, siempre que, desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva. Procede entender en este sentido la expresión .posición dominante colectiva. que será utilizada en el desarrollo de la presente sentencia.*
> *(...)*
> *41. Para apreciar la existencia de una entidad colectiva en el sentido que se ha expuesto anteriormente, es necesario evaluar los vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas afectadas (...).*
> *(...)*
> *45. La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resulten de ellos. No obstante,* ***la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate****.*[117]*.(Negrilla fuera del texto)*

Otro caso importante fue el de la concentración de las empresas sudafricanas, Gencor y Lonrho, productoras de platino y otros metales, donde el Tribunal de Primera Instancia señaló que:

> *.276. (...) no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del*

[116] *Italian Flat Glass : Societa Italiana Vetro v Comission* (Cases - T-68 & 77-78/89), [1992] ECR I-1403

[117] Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v. Commission, Casos C-395 y 396/96P (2000).

producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

277. Esta conclusión es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.[118]*.*

Lo anterior da a entender que para la existencia de una posición dominante conjunta no se requiere la existencia de vínculos económicos o estructurales entre las empresas, pues tal posición puede resultar simplemente de la interdependencia generada por la estructura de un mercado oligopólico[119].

7. CONCENTRACIÓN Y DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS Y PROHIBICIÓN DE ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO.

Como lo señala José Carlos Laguna de Paz en su obra Televisión y Competencia"[120], en un comienzo y contrario a la posición del derecho estadounidense *(Sherman Act)* que se opone a la adquisición o fortalecimiento del poder de mercado, las autoridades comunitarias sólo se ocupaban de la manera

[118] Gencor Ltd v. Commission, Caso T-102/96 (1999).
[119] Cfr. Quintana Sánchez, Eduardo. "Tratamiento de la Colusión Tácita en el Perú: Marchas y Contramarchas" Rev. Derecho Competencia. Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 119-189, enero-diciembre 2008 http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/3Quintana.pdf
[120] *Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.*

en que era explotado el poder de mercado. No obstante, con el tiempo el concepto de "abuso de posición dominante" se fue ampliando en el sentido norteamericano *"interpretándose como prohibición de toda conducta que redujera sustancialmente la competencia o reforzase la posición de la empresa en el mercado, en la dirección del ordenamiento norteamericano"*[121]. A partir del asunto Continental Can Company[122], resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el artículo 82 del Tratado de Roma empezó a aplicarse a las concentraciones empresariales, ya no desde la perspectiva del abuso de posición dominante, sino por el hecho de que se reforzara esa posición generando de ello un obstáculo de importancia para el normal desarrollo de la libre competencia. Igualmente el artículo 81 TCE (anterior artículo 85) se empezó también a utilizar como una forma indirecta de control de las operaciones de concentración, a partir del caso de Philip Morris que enfrentó en 1987 a British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc[123]**.**

Señala también Laguna de Paz que éstas normas resultaban aplicables pero inapropiadas, razón por la cual se expidió el Reglamento CEE 4064/1989, de 21

---

[121] *Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.*

[122] En esa oportunidad la evidencia presentada llevó a la Suprema Corte de los Estados Unidos a concluir que la fusión de Continental Can Company con Hazel-Atlas violaba la Sección 7 de la Clayton Antitrust Act, que prohíbe a una corporación adquirir otra compañía cuando el resultado implica una sustancial disminución de la competencia. Para llegar a esa conclusión Consideró la Corte que el mercado de producto de envases de metal y vidrio estaba dominado por seis firmas que tenían el 70.1% del mercado. Continental con un 21.9% ubicada en el Segundo lugar del Mercado y Hazel-Atlas con 3.1% ocupaba el sexto lugar. De esta manera, en este mercado, cuyas ventas superaban los 3 billones de dólares al año, el más amplio porcentaje correspondía a Continental antes de la concentración. Mediante la adquisición de las acciones de Hazel-Atlas Continental no solo aumentaba su participación en el mercado sino que reducía de 5 a 4 a sus competidores más significativos que podían haber amenazado su posición dominante[122]. U.S. Supreme Court United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964) 378 U.S. 441 http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=378&invol=441

[123] STJCE de 17 de noviembre de 1987, British American Tobacco Company Ltd. y R.J. Reynolds Industries Inc. V. Comision, Rec 1987; Duque Domínguez J. : « La sentencia Philip Morris y la concentración de empresas » Castilla y León en Europa, Revista del Centro de Documentación Europea de Valladolid, núm. 11, 1988; Miranda Serrano L.M.: "Las concentraciones económicas" Derecho europeo y español", La Ley, Madrid, 1994.
Ver también Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 17 November 1987. - British-American Tobacco Company Ltd and R. J. Reynolds Industries Inc. v Commission of the European Communities. - Competition - Rights of complainants - Shareholding in a competing company. - Joined cases 142 and 156/84. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0142:EN:HTML

de diciembre de 1989 (RCConcE), norma específica sobre las concentraciones empresariales.

El Reglamento citado, permite "el control directo de las concentraciones empresariales, como un instrumento para velar por una saludable estructura de la competencia en la Comunidad[124]"[125].

El mismo Reglamento prohíbe la realización de operaciones que impliquen un obstáculo de importancia para el desarrollo de una competencia efectiva, mediante la creación o el refuerzo de una posición dominante bien sea en el mercado común o en una parte sustancial del mismo(art. 2.3 RCConcE)[126].

El mismo autor señala que la noción de posición dominante incluida en el Reglamento, RCConcE, concuerda con la plasmada en el artículo 82 TCE, caracterizada por permitir a la empresa actuar independientemente de sus competidores y clientes. (…) Desde esta perspectiva, lo primero que se debe hacer es definir el mercado relevante, tanto objetiva como geográficamente. Enseguida, es preciso valorar hasta qué punto la operación de concentración implica crear o reforzar una posición dominante en dicho mercado, que signifique un perjuicio para la competencia. Advierte igualmente que debe tenerse en cuenta que la Comisión ha aplicado el Reglamento RCConcE a mercados oligopolísticos (Nestle/Perrier[127])**.** De esta manera se logró cubrir un vacío en el Derecho de la

---

[124] Desarrollado por el Reglamento de la Comisión 2367/1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias. La experiencia de 6 años en la aplicación de esta norma ha permitido a la Comisión la adopción de 508 decisiones definitivas. XXVI Informe sobre la política de competencia. SEC (97)628 final, p. 69, apdo. 138. cita hecha en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.

[125] [125] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.

[126] En Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.

[127] El 22 de julio de 1993, la Comisión adoptó una decisión en aplicación del Reglamento CEE nº 4064/89 (Concentraciones) en el caso Nestlé-Perrier, por la que se autoriza la adquisición de Perrier por Nestlé, a condición de que esta última empresa venda un número determinado de manantiales y marcas de agua mineral - en particular, Vichy, Thonon, St.Yorre y Pierval- con una

Competencia, en tanto estas situaciones con frecuencia eluden el ámbito de aplicación del artículo 81 TCE.

El Artículo 2.1 del Reglamento CEE 4064/1989 establece que:

> *En esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta;*
>
> *a)La necesidad de preservar o desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la comunidad.*
>
> *b)La posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*[128]

Estas son, en nuestro criterio, las consideraciones que debe tener en cuenta una autoridad estatal, incluyendo la judicial, para definir asuntos que se relacionen o cuyo resultado sea afectar la libre competencia en un mercado determinado.

8. LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN. LA DEFENSA DE LA ESTRUCTURA DE LA COMPETENCIA COMO FUNCIÓN PÚBLICA.

Como lo señala Laguna de Paz la protección de la competencia se ha convertido en un asunto de interés general[129], lo cual se deriva (como también ocurre en Colombia) del mandato constitucional que protege de una parte, la libertad de

---

capacidad de 3.000 millones de litros, como mínimo, a un sólo comprador capaz de competir eficazmente con Nestlé y BSN en el mercado francés. http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/93/457&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en

[128] Reglamento CEE 4064/1989, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, art. 2.1. en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000.

[129] Baño León, J. M.: "Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

empresa en el marco de la economía de mercado y de otra parte los derechos de los consumidores. En este sentido, la tutela de la concurrencia no desconoce, sino que protege dicha libertad, que de lo contrario *"se vería amenazada por el juego incontrolado de las tendencias naturales del mercado. Su objetivo es pues, la 'defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia. También están comprometidos los intereses de los consumidores, la propia salud del sistema económico y –en el caso de los medios de comunicación- el fortalecimiento de las libertades de expresión e información"*[130].

Lo anterior demanda una activa intervención de los poderes públicos[131], que impida o reprima si fuere el caso, las trabas que las decisiones de las empresas puedan crear para el normal desarrollo de la libre concurrencia. *"La libre y leal competencia de las prestaciones ha de ser el único medio que decida el éxito empresarial. Es, pues, preciso evitar que los operadores levanten barreras técnicas, económicas o comerciales que puedan frenar artificialmente la entrada de nuevos competidores. Las intervenciones públicas tampoco pueden distorsionar indebidamente el mercado. Deben así excluirse concentraciones anticoncurrenciales, prácticas colusorias, abusos de posición dominante o ayudas públicas que desequilibren injustificadamente la igual posición de los operadores"*[132].

---

[130] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 237, 238

[131] Se ha hablado de la defensa de la competencia como una función pública (Cases Pallares, L.: "Derecho administrativo de la defensa de la competencia, Marcial Pons, Madrid, 1995). También se ha dicho que "el derecho de la competencia es derecho administrativo del más puro corte clásico" (cfr. Soriano García J.E.: Derecho público de la competencia, Marcial Pons, Madrid, 1998). El Derecho de la competencia ha sido asimismo citado como exponente de la superación de la división entre el Derecho público y el Derecho privado, "puesto que su finalidad no es tanto la protección de los derechos subjetivos de los empresarios cuanto la tutela del mercado como institución ante las consecuencias que puede acarrear el libre juego de la autonomía de la voluntad" (Malaret García, E.: "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto", RAP, num. 145, 1998). Con todo – afirmada la radical unidad del ordenamiento jurídico-, no debe desconocerse la virtualidad de la distinción entre ambas ramas (Martínez López-Muñiz J.L.: "Introducción al Derecho administrativo"

[132] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 237, 238

Advierte Laguna de Paz que en los mercados emergentes puede resultar prudente y benéfica una actuación pública positiva, que permita la formación de una real concurrencia, en sectores que, como ocurre en el presente caso, no crece espontáneamente. Ello implica que pueda ser necesaria incluso una regulación asimétrica*, "que –de manera proporcionada y transitoria- imponga a las empresas que disfruten de una posición de partida ventajosa cargas o límites que actúen a favor de las nuevas empresas que acceden al mercado. Ello responde a la realidad, que demuestra que liberalización y competencia son dos cosas bien distintas. Mientras que la primera 'se preocupa de que el Estado no ponga trabas a la competencia, la defensa de la competencia se preocupa de que los empresarios no acaben con ella'*[133]*. Esta última requiere de la intervención pública, en interés de los operadores del mercado y de los propios consumidores, destinatarios finales de las prestaciones y servicios. 'Es la lucha paradójica de la libertad a favor de la libertad'*[134]*.* [135]

9. PLURALISMO Y CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

El control de la concentración y la búsqueda de una mayor competencia en los medios de comunicación persiguen la protección del pluralismo informativo y de la libre empresa. Por esa razón solo son relevantes aquellas conductas empresariales que, al modificar la estructura del mercado respectivo, puedan poner en riesgo esos bienes[136].

---

[133] Cfr Fernández Ordóñez, M.A.: "La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia", en Cases Pallares L.: "Presentación. La competencia en España. 1996", en Anuario de la competencia. 1996, Marcial Pons, Madrid, 1998 en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 237, 238

[134] Cfr. Garrigues, J.: "La defensa de la competencia mercantil", Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1994, en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 237, 238

[135] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 237, 238

[136] Cfr. Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 248 y ss.

Resalta Laguna de Paz que la Comisión de la Comunidad Europea reconoce, en principio, la coincidencia de intereses entre los fines de garantizar el pluralismo y preservar la competencia: *"es difícil imaginar casos en que lo que es malo desde el punto de vista de la competencia pueda ser bueno desde el punto de vista del pluralismo"*[137]. Sin embargo, aclara el autor, esta coincidencia es meramente parcial, en tanto, *"el Derecho de la competencia sólo está al servicio del pluralismo en la medida en que las situaciones planteen problemas de competencia, no en otro caso".* Como puede observarse, los criterios de valoración son diferentes por lo cual *"operaciones de concentración que no entrañen la creación o consolidación de una posición dominante, o la obstaculización de la competencia efectiva, podrían, sin embargo, constituir un riesgo para el pluralismo"*[138].

Ciertos países conscientes de lo anterior, han limitado, como ocurre en Alemania, el poder informativo de manera que si bien las empresas de televisión pueden gestionar los canales que deseen, pero cuando superen una cuota de audiencia del 30%, se presume que detentan un poder informativo dominante que les impide obtener nuevas licencias. Desde 1984 el Derecho norteamericano había adoptado ese mismo umbral[139].

Otros países para preservar el pluralismo han creado limitaciones accionarias en las empresas de televisión, con una u otra intensidad[140]. No obstante esta posición ha sido criticada entre otros por Carcassone, quien señala que *"Estas limitaciones deberían sustituirse por la determinación de porcentajes de audiencia por encima de los cuales se prohíba el crecimiento de la empresa: ¿Qué importancia tiene que una cadena de televisión sea propiedad al 100% de una misma persona si su*

---

[137] COM (92) 480 final, pp. 84 y ss. (cfr. P. 85); Dörr, D.: "Die Entwicklung des Medienrechts", NJW, NÚM. 20, 1997 en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 248 y ss.

[138] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 248 y ss.

[139] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 257

[140] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 257

índice de audiencia no supera el 5%? Por el contrario, si un operador supera el 60% de audiencia, las limitaciones a su accionariado, no serán una garantía suficiente para el pluralismo"[141].

10. EL ABUSO AUTOMÁTICO DE POSICIÓN DOMINANTE Y EL IMPACTO EN EL MERCADO DE LAS DECISIONES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO.

10.1. El Estado del arte en materia de la legitimidad de la intervención del Estado.

En realidad la legitimidad de la acción pública en el mercado, siempre ha sido motivo de debate. Pero en los últimos años, existe una marcada tendencia a permitir el control jurídico sobre las intervenciones económicas de las personas públicas, sometiéndolas a las exigencias del mercado, hasta el punto que el derecho administrativo no ha podido ignorar más, el derecho de la competencia en la contratación pública y a las autoridades encargadas de hacerlo respetar. Esta transformación ha sido más evidente en el derecho comunitario europeo. Sin embargo, más adelante, veremos que ya estamos dando los primeros pasos.

La figura del Estado no ha podido contener la incursión del derecho de la competencia frente a las autoridades y operadores públicos en competencia, lo que ha propiciado el que se desarrollen técnicas jurídicas adaptadas a las actividades públicas que sean suficientemente eficaces para garantizar la operación de derechos de los operadores del mercado, que tocan los fundamentos mismos del derecho administrativo, y tendrán implicaciones muy concretas. Es por este motivo que la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos, está "cargada de una dimensión política y teórica que se impone y

---

[141] Carcassone G.: "Le régime juridique de l' audiovisual" ponencia presentada en Barcelona 26-27 de noviembre de 1998, en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 254 y ss.

de evoluciones históricas apremiantes" como decía M.A.-Frison-Roche, al comentar algunos presupuestos sobre "El peso de las ideas en la repartición de las competencias entre los jueces ordinarios y la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de derecho de la competencia".

La aplicación de las normas del derecho de la competencia a los operadores públicos se hace más sencilla si conciernen las solas actividades de producción, de distribución y de servicios. El Estado ve ahora en el "derecho del mercado de libre competencia un ideal social, un modelo jurídico". Para lograr este cometido la competencia debe poderse desarrollar libremente sin trabas e injerencias públicas excesivas. Ahora bien las personas públicas intervienen no solamente de manera material sino jurídicamente, es decir son operadores públicos pero también en calidad de autoridades públicas. La acción económica que desarrolla una entidad pública utiliza procedimientos de persona pública.

10.2. La intangibilidad del Estado frente al derecho de la competencia

En teoría a las prerrogativas del poder público no puede aplicarse automáticamente el derecho de la competencia por las instituciones encargadas de la verificación de su respeto.(Esta consideración a conducido recientemente al Consejo de Estado Francés a juzgar que la decisión del Consejo de la Competencia de demandar al Ministro de la Economía y de las Finanzas de ordenar a una empresa modificar, completar o de rescindir sus acuerdos para llegar a una concertación que conducía a un abuso de posición dominante, era una prerrogativa de poder público que se desprendía de su competencia- CE, 7 de noviembre de 2005; Compañía General de Eaux; Rec, Pag 490) Entonces la Comisión Europea y el Consejo de la Competencia no ponen en marcha las normas de la competencia sino cuando se está en presencia de actividades económicas. Por el contrario, todo lo que no sea una actividad económica en el

Estado, se excluye del derecho de la competencia (El juez para señalar que una actividad es característica propiamente de una empresa viene recurriendo a la separabilidad de ciertos servicios de otras actividades de derecho público para concluir que se trata de una actividad de empresa. Tal es el caso de las prerrogativas exorbitantes del derecho común, porque un Estado no puede en tanto que autoridad pública, ejercer una actividad económica. De tal manera que desde que la función de *imperium, de poder público o autoridad publica este comprometido,* el derecho de la competencia no se aplicaría.(La autoridad pública es la que se desprende de la soberanía del imperio del Estado; ella implica para quien la ejerce, la facultad de usar prerrogativas de poder público, de poderes de coerción que se imponen a los ciudadanos). La noción de autoridad pública como señala RACLET se refiere a todo organismo que participa al "sistema" estatal en tanto que detenta una parcela de poder público nacional".

10.3. Los actos del poder público sometidos al derecho de la competencia

Lo anterior, nos permite concluir que el derecho de la competencia no podía ignorar por más tiempo las consecuencias económicas de los actos de poder público. Los conceptos de poder público y de servicio público parecen cada vez más cercanos, hasta el punto que el poder público se encuentra considerado como uno de los elementos de la definición moderna de servicio público, a tal punto que "cada vez que el juez utilice la noción de servicio público, es necesario indirectamente aplicar la de poder público". De tal manera que los actos de poder público no pueden ser reducidos a las solas intervenciones del Estado por vía de prescripción o de prohibiciones. (Se trata de actos que emanan de personas públicas tomados en condiciones talmente diferentes de las que rigen el derecho privado, por lo que ellas también deben verse sometidas al régimen derogatorio del derecho administrativo. El acto del poder público es pues sinónimo de acto administrativo.

El uso de sus prerrogativas de poder público por el Estado y los entes territoriales se traduce en la expedición de actos administrativos unilaterales o convencionales. Ahora bien, las intervenciones del poder público pueden afectar el funcionamiento del mercado cuando ellas revisten, entre otras, dos formas particulares. Tal es el caso de las medidas de organización: Ellas tienen por objeto la organización y la gestión del servicio o del dominio público. Ellas comprenden la delegación del servicio público, la concesión de ciertos sectores del dominio público y la designación de un contratista por la administración. La intervención del poder público también puede consistir en medidas de reglamentación de una actividad, o incluso en la interpretación o aplicación abusiva de esas medidas o en la violación de los procedimientos para su aplicación.

10.4. La autoridad pública puede llegar a restringir la libre competencia

Se trata pues de interrogarnos sobre si son aplicables las normas de competencia a los actos del poder público, es decir a los actos administrativos: esta pregunta debería permitir proteger el mercado contra toda intervención excesiva o abusiva del poder público, pero también se enfrenta a los principios históricos del derecho administrativo.

Las dificultades para trasegar este camino no han sido pocas. Aplicar las normas sobre competencia a los actos administrativos no puede hacerse con desconocimiento del privilegio de jurisdicción que tiene la administración. Para otros la inclusión de los actos administrativos en el campo de las reglas materiales de las normas de competencia ha sido percibido como un atentado grave a la especificidad de la acción administrativa. Al estar el derecho de la competencia dirigido a regular los comportamientos de los operadores sobre un mercado, y aunque las personas públicas realicen actividades de producción,

distribución y servicios; la tradición jurídica del derecho administrativo francés que nos ha gobernado, rechaza que la organización del servicio público, o la gestión del dominio público se trate como una actividad económica.(Se trata de misiones de interés general que escapan a las leyes del mercado). Admitir la aplicabilidad del derecho de la competencia a los actos administrativos, implicaría una banalización del papel del Estado en la organización de la sociedad.

Como lo advierte David Katz[142], a primera vista, el fenómeno de la aplicación del derecho de la competencia por el juez administrativo puede sorprender. Ella es en efecto paradójica en consideración a la situación que ha caracterizado durante largo tiempo los dos objetos. Este fenómeno no ha dejado indiferente a la doctrina. Así, el profesor Jean Bernard Auby no ha dudado en calificarlo como un "sismo".

Señala que el fenómeno de aplicación del derecho de la competencia por el juez administrativo es evidentemente notable. La importancia de las preguntas que el plantea había sido percibida por ciertos autores incluso antes de las sentencias del Consejo de Estado que dieron lugar al mismo. Así, en 1995, en la introducción a una jornada de estudio sobre "El juez administrativo frente al derecho de la competencia", la profesora Marie-Anne Frison-Roche notaba que el sujeto parecía referirse a un derecho positivo relativamente poco denso, pero que en realidad solo constituye la otra cara de la moneda, en el sentido que, para comprenderlo deben salir del agua todos los postulados del sistema jurídico, la distinción entre el derecho público y el derecho privado, la existencia de la dualidad de órdenes de jurisdicción, la teoría del Estado, la filosofía del mercado. La aplicación del derecho de la competencia por el juez administrativo se vincula al problema general de las relaciones entre las esferas pública y privada. Restringiéndolo a los aspectos técnicos, tres asuntos a priori esenciales deben ser planteados: la

[142] Katz David "Juge Administratif et Droit de la Concurrence" Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix Marseille, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d'Aix- Marseille-PUAM, 2005.

competencia del juez administrativo para aplicar el derecho de la competencia, los medios de que dispone el juez administrativo para aplicar ese derecho y la cuestión de saber si las reglas de la competencia aplicadas por el juez administrativo difieren de las reglas de la competencia aplicadas por la jurisdicción ordinaria.

Frente al interrogante sobre la competencia del juez administrativo para aplicar el derecho de la competencia, concluye que los asuntos tratados en aquellos casos en que el Consejo de Estado francés aplicó tal normativa imponen una respuesta afirmativa.

Advierte que para la doctrina francesa, es tradicional mezclar los asuntos de competencia jurisdiccional y del régimen jurídico aplicable a una situación dada, atribuyendo una importancia excesiva a la ligazón de la competencia y el fondo. En Francia existen dos órdenes de jurisdicción (la judicial y la administrativa) y una visión bipartita del conjunto de reglas jurídicas (derecho privado y derecho público). Dejando aparte algunos casos particulares, habrá una correspondencia entre cada orden jurisdiccional y cada rama del derecho: el juez judicial aplicará el derecho privado y el juez administrativo aplicará el derecho público. Intuitivamente el derecho de la competencia se concibe como un derecho privado, ya que concierne a los actores del mundo económico que en su mayoría son personas privadas. Por tanto sería ilógico que el juez administrativo aplicara el derecho de la competencia.

No obstante, explica que esas consideraciones no son pertinentes. A partir del momento en que el juez administrativo es competente para conocer de un acto de la administración, el principio referente a la relación entre la competencia y el fondo del asunto no es óbice para que el juez administrativo aplique el derecho privado.

Puntualiza que el derecho de la competencia es un derecho económico por excelencia. Las reglas de la competencia entrañan una particularidad, en el sentido que todo planteamiento de aplicación de esas reglas requiere de un análisis económico de los elementos del litigio. Una parte de la doctrina se pregunta si el juez administrativo dispone o no de medios que le permitan hacer una aplicación correcta y efectiva de las reglas de la competencia. En la hipótesis de que el juez administrativo careciera de los medios adecuados para hacer una aplicación ortodoxa del derecho de la competencia, ello implicaría en la práctica, que la administración no estaría sujeta al mismo régimen que los sujetos de derecho privado.

Esto conduce, según el mismo autor, a la tercera pregunta consistente en saber si al aplicar el derecho de la competencia, el juez administrativo está sujeto o no a la administración de una normativa específica, distinta de la aplicada por el juez judicial a los operadores económicos privados. Este problema remite al tema de la autonomía del derecho administrativo.

En cuanto al tema de la autonomía del derecho administrativo, en tanto derecho aplicado por la jurisdicción contencioso administrativa, que anima desde hace largo tiempo a la doctrina, señala que el mismo no ha sido pacífico entre los autores que lo han desarrollado.

Así, menciona que, mientras unos autores como André de Laubadère y Charles Eisenmann y una parte de la doctrina clásica consideran que las reglas de derecho administrativo aplicadas a la administración por el juez contencioso administrativo son autónomas, otros autores han establecido que el derecho administrativo, en tanto derecho aplicado a la administración por el juez contencioso, no debe ser considerado como un cuerpo de normas autónomo, ya

que el juez administrativo se ve obligado a aplicar muchas veces normas de derecho privado, lo cual conduce a una autonomía relativa del derecho administrativo.

Trasladando el problema al derecho de la competencia, y asimilándolo temporalmente al derecho privado, ello implicaría que las reglas de la competencia aplicadas por el juez administrativo serían específicas. Tal declinación del tema de la autonomía del derecho administrativo a tenido un eco particular en la doctrina.

Katz destaca que el profesor Michel Bazex, a estimado que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en especial la de los casos “Fédération française des sociétés d’assurance” y “Societé Million et Marais” habían sentado las bases de un nuevo cuerpo de normas aplicables a la actuación administrativa: el derecho de la competencia. Según este autor, la jurisprudencia administrativa relativa al derecho de la competencia renovaría la pregunta sobre la autonomía del derecho aplicable a la actuación administrativa y sus adaptaciones a las necesidades del servicio público. El profesor Bazex ha defendido entonces la especificidad de la regla de derecho público de la competencia la cual se caracterizaría tanto por un contenido parcialmente diferente de aquel que corresponde a las reglas concernientes a las empresas privadas como por un alcance y límites originales. La idea de un derecho público de la competencia ha sido también retomada por otros autores.

Desde esta perspectiva Kats señala que si esta teoría fuera probada, la tesis de la especificidad de las reglas de la competencia aplicadas por el juez contencioso administrativo significaría que la administración se beneficiaría de un tratamiento particular a la luz del derecho de la competencia, diferente al de los operadores de la esfera privada. Una eventual especificidad de las reglas de la competencia puede revestir diversas formas: (i) esas reglas derivan su autoridad de una fuente

específica, en este caso la jurisprudencia; (ii) ellas tienen un contenido específico o (iii) ellas tienen a la vez una fuente y contenido específicos. Ahora bien, no podría considerarse que las reglas de la competencia aplicadas por el juez administrativo derivan su autoridad de la jurisprudencia y no de los textos mismos que las contienen. En primer lugar, el fenómeno de la aplicación del derecho de la competencia por el juez contencioso reposa en las sentencias dictadas por el Consejo de Estado francés en las cuales el juez ha aplicado directamente, es decir sin la mediación de un principio jurisprudencial las reglas de competencia contenidas en el tratado de la Comunidad europea o en la ordenanza de 1 de diciembre de 1986 (incorporadas al Código de Comercio). Por tanto el problema de la autonomía formal del las reglas de la competencia aplicadas por el juez administrativo no parece posible. El derecho de la competencia deriva su autoridad directamente del tratado de la Comunidad Europea y del Código de Comercio. Sin embargo subsiste el interrogante de saber si el juez administrativo, al aplicar las reglas de la competencia a la administración, construye un derecho de contenido específico, es decir reglas fundamentalmente autónomas.

Si tal no es el caso, no habría autonomía del derecho de la competencia aplicado por la jurisdicción administrativa, dicho de otra manera, de las reglas de competencia aplicadas por el juez administrativo y por el juez judicial. Si existe esa identidad podría afirmarse que existe unidad del derecho de la competencia.

Ahora bien, insiste Katz, el derecho de la competencia no admite un atentado contra su unidad. Como se ha señalado, una de las principales propiedades de este derecho es la de apreciar la realidad en su dimensión económica desvaneciendo así la distinción entre esfera privada y esfera pública. El derecho de la competencia no concede a priori ningún beneficio a la administración, sea que ella intervenga en el mundo económico o que su actividad perturbe la competencia entre los operadores económicos. Esta igualdad de tratamiento es la

condición necesaria para la existencia de un régimen de competencia no falseado. Igualmente, la voluntad del legislador está claramente expresada en el sentido de unidad del derecho de la competencia.

Por lo anterior es posible considerar que una eventual autonomización de las reglas de la competencia aplicadas por el juez contencioso sería poco compatible con el imperativo de unidad del derecho de la competencia. Este derecho no se opone a priori a que la administración se beneficie de un juez específico que es el contencioso administrativo. Pero no parece posible desde el punto de vista de las reglas de la competencia que la diferencia de jueces entre los operadores privados y la administración conduzca a una desigualdad en la aplicación del derecho respecto de ésta última[143].

No obstante, la aplicación del derecho de la competencia por el juez administrativo implica el riesgo de que se construya un derecho administrativo de la competencia, es decir un derecho de la competencia específico de la administración contrario a la unidad del derecho de la competencia, y ese es el problema fundamental planteado por el fenómeno de aplicación del derecho de la competencia por el juez de lo contencioso administrativo.

El problema así planteado resulta en una paradoja: que el juez administrativo rehuse aplicar el derecho de la competencia o que acepte hacerlo, comporta algunas inquietudes ligadas al tratamiento favorable que se otorgará la administración en cualquier hipótesis: sea que la administración se beneficie de una inmunidad en lo referente al derecho de la competencia o que sea favorecida con la aplicación de reglas de competencia específicas. Esto nos lleva al problema del dualismo jurisdiccional[144].

---

[143] Ibídem
[144] Ibídem

Una primera opción que se ha planteado ha sido, según Katz, la de crear un tercer tribunal que se ocupe del tema, es decir de una magistratura económica autónoma. Esta opción no puede considerarse válida por una razón de simple lógica: el problema planteado se deriva precisamente de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales y por tanto las dificultades podrían multiplicarse si existieran tres.

Una segunda opción sería eliminar la jurisdicción contenciosa pero ella es poco probable, pese a que las normas del derecho de la competencia proporcionarían argumentos a favor de la fusión de las dos jurisdicciones.

Sin embargo, existe una tercera vía que toma como un hecho impuesto la dualidad de jurisdicciones, pero acepta que la jurisdicción administrativa puede aplicar el derecho de la competencia, sin que sea cuestionable en todo caso la unidad de este derecho[145].

En el mismo sentido Christophe Cabanes y Benoît Neveu[146] señalan que a propósito de la excepción de ilegalidad de un contrato de concesión de los servicios de pompas fúnebres en una comuna, el Comisario de Gobierno Jacques Henri Stahl estimó en el caso Million et Marais que, “las mutaciones tecnológicas y económicas, la apertura de las economías de mercado, el derecho comunitario de la competencia, conducen de todas formas, creemos nosotros, a repensar las relaciones entre el servicio público y su entorno concurrencial (…) Para ello hace falta que se añada a la concepción tradicional del servicio público, centrada en el usuario, otra dimensión, la relacionada con el ambiente económico y el derecho de la competencia”.

---

[145] Cfr. Katz David “Juge Administratif et Droit de la Concurrence” Université de Droit, d’économie et des Sciences d’Aix Marseille, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d’Aix-Marseille-PUAM, 2005.

[146] Cabanes Christophe y Neveu Benoît, “Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics”, Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008

La decisión Million et Marais, señalan los citados autores, ha marcado el inicio de una nueva era: aquella de la oponibilidad afirmada y reconocida del derecho de la competencia a los actos de las personas públicas. A partir de esa fecha, ya no es solamente la autoridad de competencia la que se ocupa del respeto de las normas legales que regulan la competencia. El juez administrativo ha de compartir las mismas preocupaciones, pero con una finalidad diferente. No le corresponde a éste último sancionar los comportamientos desviados de las empresas, sino controlar la regularidad de los actos administrativos, asegurándose de que ellos no contraríen el derecho de la competencia, sea directamente, o indirectamente al conducir a uno o varios operadores económicos a desconocer las reglas del derecho de la competencia.

Para Cabanes y Neveu, si bien las jurisdicciones administrativas no están llamadas a desarrollar una concepción autónoma del derecho de la competencia, el contencioso administrativo de la competencia reviste una cierta singularidad que amerita presentar las principales características del control operado por el juez administrativo en esta materia, tanto en relación con las herramientas utilizadas, como del objeto mismo de ese control.

La oponibilidad del derecho de la competencia a los actos administrativos y la competencia reconocida al juez contencioso para conocerlas conducen a éste a verse enfrentado a asuntos económicos y a la problemática ligada al funcionamiento del mercado. Las exigencias de la competencia en los mercados deben en efecto estar siempre presentes en el control de los actos administrativos

encomendado al juez administrativo, bien a través del principio de libertad de comercio e industria[147] o del principio de igualdad[148].

Cabe anotar, que la integración del derecho de la competencia en el bloque de legalidad administrativa ha de conducir al juez administrativo a enriquecer su control con nuevos métodos de análisis, incluyendo los métodos de análisis económico donde ellos no eran usuales[149].

Es necesario precisar que una evolución de esta naturaleza no implica perder de vista que el interés principal permanece en el servicio público. Ella no cuestiona el principio mismo de los poderes de la autoridad pública, de sus prerrogativas y responsabilidades. Sin embargo, ella asegura un debate y un control jurisdiccional renovado sobre las modalidades de organización del servicio público, conciliando entre el interés de los usuarios y el interés de los operadores económicos, los cuales no necesariamente deben considerarse como antagonistas[150].

El examen de los actos administrativos a la luz del derecho de la competencia implica pasar del mero control de la regularidad formal para tener en cuenta los efectos provocados desde el punto de vista de los operadores económicos[151].

Ello porque como lo señala el profesor Bréchon-Moulènes, *"el derecho económico no es un derecho formal sino material. El exige que se reflexione en términos de efectos mas que de fuentes"*[152].

---

[147] CE 22 juin 1951, Daudignac, Lebn p. 362 – CE 9 nov 1988, Territoire de la Polynésie française, Lebon p. 406. en Cabanes Christophe y Neveu Benoît, "Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics", Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008

[148] CE sect. 15 juill. 1959, Chambre syndycale des bureaux d'etudes techniques, Lebon p. 469 – CE 19 fébr. 1964, Sté Maison Ivonne, Lebon p. 822 – CE 2 mars 1973, Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, Lebon p. 181. Cabanes Christophe y Neveu Benoît, "Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics", Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008

[149] Cabanes Christophe y Neveu Benoît, "Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics", Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008

[150] Ibídem

[151] Ibídem

Los actos y los hechos sometidos al juez administrativo deben entonces necesariamente estar en relación con el contexto económico en que ellos operan. Es esta relación y la apreciación del contexto económico relevante lo que exige del juez administrativo hacer evolucionar sus métodos de control para integrar a ellos los relativos al análisis económico[153].

La integración dentro del razonamiento del juez administrativo de los preceptos del análisis económico deben traducirse en una notable evolución de la motivación de los fallos, en tanto el análisis económico que implica el control del respeto a las reglas de la competencia no se satisface con una motivación demasiado concreta. De hecho, en ese caso no se trata de constatar la conformidad o no de un acto con una norma, sino de identificar los comportamientos litigiosos y analizar los efectos en un mercado determinado lo cual requiere de un examen minucioso del contexto económico y concurrencial en que actúan dichos comportamientos[154].

Aceptando realizar un control sobre el respeto de las reglas del derecho de la competencia, el juez administrativo no ha pretendido hacer una interpretación autónoma de esas reglas, sino solamente un control diferente y complementario[155].

Para Cabanes y Neveu, la mejor garantía de que perdure una cierta unidad de interpretación en el derecho de la competencia parece residir en lo que se ha llamado un “diálogo de jueces” que conduce al juez administrativo a solicitar el concepto de la autoridad de competencia en cuanto a la calificación de las prácticas cuyo conocimiento le compete.

---

[152] Ibídem
[153] Ibídem
[154] Ibídem
[155] Ibídem

En todo caso, advierten los autores citados, el análisis del juez contencioso al incorporar a su razonamiento las reglas del derecho de la competencia no solo debe abstenerse de desarrollar una concepción autónoma del derecho de la competencia sino que debe tomar también en cuenta consideraciones relacionadas con el interés general. De esta manera, las consideraciones de interés general pueden justificar que, no obstante la violación –efectiva o potencial- directa o indirecta de las reglas del derecho de la competencia, in acto administrativo no sea considerado ilegal.

Esta es la lógica que parece haber presidido las soluciones adoptadas por el Consejo de Estado francés del 3 de noviembre de 1995 “District de l’agglomération nancéine” Req. N° 152484 y en el caso “Corisca Ferries” Req. 298618 fallo del 15 de diciembre de 2006, donde junto con las disposiciones que establecían especificaciones que tenían el efecto de limitar la competencia, se analizaron las justificaciones propias de las necesidades del servicio para concluir sobre la legalidad de aquellas[156].

Estas tesis han sido resumidas recientemente por Jean Marc Sauvé Vice-presidente del Consejo de Estado francés el 7 de mayo de 2010[157], al señalar que la profundización de los valores del derecho público es el fruto si no de la integración de la libre competencia al concepto de interés general al menos de una conciliación armoniosa entre los imperativos de la libre competencia y las otras finalidades de la acción pública.

Añade que, como lo ha afirmado el Consejo de Estado francés, la necesidad de tomar en cuenta la libertad de comercio e industria y las reglas de la competencia

[156] Ibídem
[157] Sauvé Jean Marc, “poderes públicos y competencia” Intervención del Vice-presidente del Consejo de Estado francés el 7 de mayo de 2010. http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/pouvoirs-publics-et-concurrence-.html

persigue un objetivo de interés general. Así, la libre competencia se ha convertido en un principio, entre otros, que los poderes públicos aplican en su actuación, bajo el control judicial, principio que solo adquiere sentido si se articula entre los que integran el interés general. La obligación de los poderes públicos de velar por la conciliación entre los objetivos de orden social y los imperativos tendientes a la preservación de la libre competencia[158], es uno entre muchos ejemplos.

Advierte que el refuerzo de las preocupaciones concurrenciales de los poderes públicos ha podido tener, al menos en ciertos ámbitos un efecto en la eficacia de la gestión pública, favorecida por la expresión de exigencias ligadas a garantizar el interés general.

Igualmente menciona que al tiempo que fuente de enriquecimiento del derecho público, la libre competencia lo ha sido también para el oficio del juez administrativo que, desde los primeros fallos en que se aplicó el derecho de la competencia, ha adoptado el planteamiento clásico del derecho de la competencia, ayudado en ello por la posibilidad de consultar la autoridad de competencia, el juez administrativo, paso a paso, ha adoptado dentro de su razonamiento la mayor parte de las grandes teorías del derecho de la competencia, por ejemplo, la teoría sobre las facilidades esenciales o la referente al abuso automático de la posición dominante[159], punto éste al cual nos referiremos a continuación.

Es sobre estas bases como podemos afirmar que el juez contencioso administrativo está en la obligación de incluir en los fallos sobre actos administrativos que tienen impacto en el mundo económico el análisis de las

---

[158] CE, 21 mai 2008, Societé Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Societé Remourquage Maritime de Rouen (SORMAR)/INT Rec. T. P.950 http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Conseil-d-Etat-1ere-et-6eme-sous-sections-reunies-21-05-2008-291115-291115/J49429/

[159] CE, 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics et autres, Rec. T. p. 611

reglas de la competencia, manteniendo la unidad en el entendimiento de las mismas.

10.5. **El abuso automático de la posición dominante.**

En la discusión de la Constitución Política de 1991[160] se propuso una ampliación del ámbito de la libertad económica y un perfeccionamiento de los elementos de la economía de mercado, la precisión de la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía y del proceso de desarrollo y la inclusión de elementos más eficaces para el logro de los propósitos estatales de equidad social.

Con estas orientaciones planteó el hoy artículo 333 de la Carta, considerando que:

- Al referirse a la actividad económica de manera general se reconocía el pluralismo en las formas de satisfacer las necesidades humanas, sin privilegiar algunas por razón de su estructura o forma de propiedad, con lo cual quedaron cobijadas tanto las empresas como las formas no organizadas de producción, la iniciativa privada, las formas solidarias y la actividad estatal en la producción de bienes y servicios.

- Al señalar que salvo casos especiales esa actividad no requiere de permiso previo se quitaron las barreras de carácter burocrático para su plena realización, de manera que los límites solo pudieran imponerse por razones de interés general.

- Al inscribir la actividad económica dentro de la competencia "se asegura su plena vigencia en beneficio directo de la comunidad, comoquiera que la práctica ha demostrado que es preciso garantizar también la libre

[160] Gaceta Constitucional No. 46 lunes 18 de abril de 1991.

competencia. Su interrelación es de tal naturaleza que bien puede afirmarse que ésta constituye condición fundamental de la existencia de dicha libertad'.

Para los constituyentes de 1991 la operación sana de un sistema de mercado requiere de tres elementos esenciales; *"la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia. Para que el sistema opere a favor de la sociedad y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice. Si tal desnaturalización ocurre, el sistema funciona mal y el bienestar social, fin último de todo sistema económico y político, se ve seriamente comprometida...".*

Por lo anterior resultaba fundamental que el Estado estuviera obligado a impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y a evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Adicionalmente en el artículo 88 Superior quedó consagrada la libre competencia económica como un derecho o interés colectivo dotando a las personas de las acciones populares para su defensa.

El carácter colectivo de ese derecho implica reconocer que las prácticas desleales o restrictivas de la competencia no solo pueden dañar a otros competidores sino a la colectividad en su conjunto, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez administrativo al evaluar la conformidad con el derecho de los actos administrativos..

A este respecto, como lo señala Dominique Brault en su obra "*Politique et pratique du droit de la cocurrence en France*"161 el derecho francés ha desarrollado el

[161] Brault Dominique *"Politique* et *pratique du droit de la cocurrence en France"*

concepto de abuso automático que se aplica a las medidas estatales que ponen a una o más empresas en una situación tal que corren un fuerte riesgo de abusar de su posición dominante.

Se ha considerado como abusiva la medida estatal que aumenta el riesgo de conducir a abusar de su poder a quienes conforman un monopolio u oligopolio[162].

El concepto de abuso automático de la posición de poder ha sido desarrollado por la jurisdicción administrativa francesa. El Consejo de Estado francés, considerando que las normas de competencia del derecho comunitario y del derecho interno son aplicables a los actos administrativos que puedan tener efecto anticoncurrencial[163], si éstas tienen como consecuencia poner a un operador en situación de abusar de la posición dominante que el acto le confiere.

Siguiendo este criterio, el abuso de posición dominante se presume y no es necesario constatarlo efectivamente y el acto administrativo que induce estos comportamientos abusivos puede ser mirado, en si mismo, como un abuso de posición dominante.

Con la teoría del abuso automático lo que se condena es entonces la simple potencialidad de abuso.

Que la noción de abuso del poder dominante se haya extendido a conductas no abusivas en el sentido común del término se justifica dentro de una óptica de protección de la competencia potencial, sin que de todos modos sea aconsejable que la tesis se lleve a un punto tal que desmotive o penalice la iniciativa y

---

Paris, L.G.D.J.-E.J.A. 2004

[162] Ibídem

[163] David Katz “Juge administratif et Droit de la Concurrence” Presses Universitaires D’Aix-Marselle Université Paul Cézanne Faculté de Droit et de Science Politique Collection Institut de Droit des Affaires 2004

desempeño de las empresas que dominan su mercado especialmente cuando ello es el resultado de su creatividad y su superioridad.

Se observa respecto de esta teoría del abuso automático de la posición dominante que la separación de los aspectos estructurales y comportamentales de la regulación concurrencial ha sido superada, de manera que los instrumentos utilizados clásicamente para controlar los comportamientos anticompetitivos, sirven en adelante para influir sobre las estructuras del mercado.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, es incompatible con el respeto a las disposiciones relativas a la competencia una reglamentación que genere una posición dominante y conduzca necesariamente a la explotación de esa posición de manera abusiva164.

De acuerdo con esa tesis, un acto administrativo puede contrariar las normas de competencia si tiene por consecuencia poner a un operador en situación de abusar de su posición dominante.

Lo anterior implica una innovación en tanto se presume el abuso, mientras tradicionalmente se ha diferenciado la constitución de una posición dominante, que en si misma no es una práctica anticoncurrencial, y el abuso de esa posición que debe ser constatado sin que pueda simplemente deducirse del estado de dominación.

El fundamento del Consejo de Estado Francés para adoptar esta teoría se funda en que el principio de libre competencia es oponible a los actos administrativos.

---

164 Brault Dominique "Politique et pratique du droit de la concurrence en France" Paris, L.G.D.J.-E.J.A. 2004 pg. 419

De esta manera el Consejo de Estado Francés ha dado a las reglas de competencia un lugar importante dentro del bloque de normas respecto de las cuales se juzgan las decisiones de las autoridades administrativas.

Por su parte Jean Philippe Kovar[165] ha resaltado que en el curso de un decenio, la sujeción de los actos administrativos al derecho de la competencia se ha convertido en uno de los asuntos más importantes del derecho público francés.

Ella se inscribe dentro de una reflexión crítica sobre la distinción histórica del derecho privado y el derecho público, e invita al jurista a interrogarse sobre la coexistencia, a menudo conflictiva, de estos dos órdenes de jurisdicciones.

El reencuentro de estas dos tradiciones jurídicas ha suscitado evidentemente numerosas controversias. Sin embargo ella ha permitido también una profunda transformación de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho del mercado.

La sujeción de los actos de poder público al derecho de la competencia es parte de esta evolución y ella implica una reescritura del derecho administrativo cuyas consecuencias futuras son inestimables.

Las intervenciones del poder público pueden afectar el funcionamiento del mercado como ocurre en el caso de las medidas que tienen por objeto la organización y gestión de un servicio público. Ellas comportan delegación del servicio, concesión de parcelas de dominio público o designación de contratistas de la administración.

---

[165] Kovar Jean Philippe *"La soumission des actes de puissance públique au droit francais de la concurrence"* Memoire presenté en vue de l'obtention du D.E.A. de droit des affaires 1999-2000 Université Robert Schuman- Strasbourg III Faculte de Droit et des Sciences Politiques. http://cde.alsace.cnrs.fr/IMG/pdf/KOVAR.bdf

La intervención del poder público puede consistir también en medidas de reglamentación a través de las cuales influye en las condiciones de acceso al mercado, las modalidades de comercialización de ciertos productos o el ejercicio de actividades económicas. Esos actos son susceptibles de falsear el libre juego de la competencia.

La aplicación del derecho de la competencia al análisis de los actos administrativos fue establecida por el Consejo de Estado Francés en el caso "Million et Marais"[166], donde se aplicó la teoría del abuso automático que consiste en que un acto administrativo que confiere una posición dominante a un operador puede ser observada en si misma como un abuso de posición dominante si potencialmente es capaz de generar comportamientos anticompetitivos, antes incluso de que estos puedan haber sido constatados.

El rechazo de una concesión de dominio público puede producir los mismos efectos que un abuso de posición dominante, pues la autoridad puede falsear el libre juego de la competencia en ejercicio de su poder normativo sin que el acto en cuestión pueda ser adjudicado a una práctica empresarial.

El abuso automático de la posición dominante es la hipótesis más característica de violación de las normas de competencia. Sin embargo no es necesario que la administración sea responsable del origen de un abuso de posición dominante, pues ella puede decidir simplemente favorecer o reforzar un abuso de posición dominante preexistente y directamente imputable a un operador en el mercado.

La aplicación del derecho de la competencia al juzgar actos administrativos se predica en relación con aquellos actos en que los efectos anticoncurrenciales son

[166] C.E. Sect., 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, RFDA, novembre-décembre, 1997, p. 1240.
¿

directamente imputables a la administración. Esos actos no necesariamente ponen a un operador en el mercado en situación de abusar de una posición dominante, pero producen los mismos efectos que el abuso de dicha posición.

El juez administrativo debe asegurarse de que las condiciones que acompañan las decisiones de las autoridades públicas no impliquen un atentado contra la libre competencia y por tanto debe analizar la legalidad de esas decisiones a la luz del derecho de la competencia.

El estudio de las decisiones del Consejo de Estado Francés permite diferenciar varias categorías de atentados a la libre competencia resultantes de un texto normativo. Ellas tienen todas como efecto reducir la libre escogencia de los consumidores falseando la competencia entre empresas por la vía de discriminaciones entre operadores o de una atrofia deliberada del mercado.

El principio de libre competencia implica una transformación sustancial en los métodos de análisis empleados por el juez administrativo. Este ejerce normalmente el control de los actos del poder público desde un punto de vista eminentemente jurídico. No obstante, la inclusión del principio de la libre competencia dentro del análisis le permite enriquecer y profundizar el control de los actos administrativos mediante el uso de herramientas de análisis económico más finas y precisas.

La inclusión del principio de libre competencia en el análisis del juez administrativo permite tomar en consideración el impacto sobre el mercado de una decisión administrativa.

En numerosas ocasiones la Corte de Justicia Europea y el Tribunal de Primera Instancia, no han dudado en considerar, en varias hipótesis, que una medida

estatal puede ser vinculada a un abuso de posición dominante, incluso si ese abuso no ha sido cometido aún[167].

La oponibilidad del derecho de la competencia a los actos de poder público implica obligar a quienes expiden estos actos a reconocer la existencia de dicha normativa, respetarla y actuar bajo sus efectos[168].

En todo caso una decisión del juez administrativo, como la adoptada en el presente fallo, constituye, en nuestro criterio, un atentado contra la libre competencia y el funcionamiento del mercado.

11. ESTRUCTURA DEL MERCADO DE LA TELEVISIÓN.

En relación con el mercado de la televisión el fallo de que nos apartamos desconoce por ejemplo que:

> *A efectos de competencia, la televisión no puede ser considerada como una unidad, sino que – como la práctica comunitaria ha destacado- en este sector existen múltiples mercados relevantes, que se delimitan tanto en función de la modalidad televisiva, como del tipo de servicios prestados: mercado de televisión de pago y de libre acceso; de programas televisivos (generales y especializados); de suministro de infraestructuras (terrestres, por satélite y por cable); de prestación de servicios administrativos y técnicos; y de publicidad (en programaciones generalistas y especializadas)[169].*
>
> *La delimitación geográfica del mercado relevante, ha de tener en cuenta la existencia de una serie de condicionamientos, que pueden actuar como barreras en su conformación: idioma, cultura, limitaciones técnicas para difusión de las señales[170].*

---

[167] David Katz “Juge administratif et Droit de la Concurrence” Presses Universitaires D’Aix-Marselle Université Paul Cézanne Faculté de Droit et de Science Politique Collection Institut de Droit des Affaires 2004

[168] Aurélien Antoine “Prérrogatives de Puissance Públique et Droit de la Concurrence” Bibliotheque de Droit Public. Tome 261 Paris L.G.D.J. Lextenso Editions.

[169] Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

[170] Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

La Comisión de Defensa de la Competencia de Argentina señaló respecto del mercado de la televisión abierta que:

> *En primer lugar, el servicio de televisión abierta cuenta con algunas características de los bienes públicos en el sentido de que no existe rivalidad entre los consumidores ya que el costo marginal de agregar un nuevo televidente es nulo. Al mismo tiempo también exhibe la no exclusión y el libre acceso, ya que para acceder a la imagen alcanza con tener un televisor encendido en el radio de alcance de la señal.*
> *Las características indicadas determinan que no pueda implementarse un precio por el servicio de televisión abierta4, por lo cual su financiamiento proviene de la publicidad. Ésta, a la vez, resulta ser una demanda derivada de la demanda de la señal, que se encuentra conformada por la audiencia y que en última instancia depende de la "calidad", o interés que despiertan los contenidos.*
> *A diferencia de lo que ocurre con la televisión abierta, la televisión paga se presenta como un "bien privado" que para acceder a él el consumidor debe pagar un precio, siendo este precio la fuente de financiamiento básico del servicio.*
> *La diferente naturaleza de la televisión abierta (bien público o cuasi-público) y de la televisión paga (bien privado) se refleja en que la fuente de ingresos por la que pugnan las empresas que prestan el servicio de televisión paga no es la misma que la correspondiente a las emisoras de televisión por aire. En efecto, el sistema de televisión paga obtiene sus ingresos fundamentalmente de los suscriptores al sistema, de modo que la competencia en dicho sector se verifica en la captación de abonados al sistema, mientras que la televisión abierta se sostiene con los ingresos provenientes de la publicidad.*
>
> *(…)*
>
> *En este sentido, y de acuerdo con la importante jurisprudencia generada por esta Comisión Nacional en relación a los mismos productos involucrados[171]6, cabe concluir que las señales de televisión abierta y las señales de televisión paga no forman parte del mismo mercado desde el punto de vista de la defensa de la competencia[172].*

En el marco internacional, cuando se habla de un mercado de televisión abierta, se ha aceptado que en realidad lo que existe es un mercado de pauta publicitaria a través de televisión[173], conformado por los operadores de televisión abierta y los anunciantes.

---

[171] Ver, por ejemplo, Dictamen Nº 247 del 6 de abril de 2001, Nº 163 del 28 de noviembre de 2000, Nº 137 del 12 de octubre de 2000 y el ya citado Dictamen N° 394 del 10 de septiembre de 2004.
[172] Dictamen 618 del 17 de agosto de 2007. Expediente N° S01:0020359/2007 (Conc. N° 614) HGM/VDV-FB-MPM Comisión Nacional de Defensa de la competencia. Ministerio de Economía y Producción Argentina.
http://www.cndc.gov.ar/dictamenes/614vfinalfinal.pdf
[173] Comisión Europea, Caso IV/M.1889, 21 marzo2000, Caso IV/M.779, 7 octubre 1996, Caso IV/M.1958, 29 junio 2000, citados en Informe No. 2 Determinación y Análisis Cuantitativo de los

La determinación del mercado relevante tiene sin duda una importancia decisiva, ya que sólo respecto de éste puede determinarse la posición de dominio de un operador económico concreto [174].

En cuanto a los medios de comunicación desde los años ochenta, éstos se encuentran sometidos a fuertes tendencias de concentración, en un contexto de liberalización y continuo progreso técnológico[175]. Incluso "Se ha dicho que se vislumbra un horizonte en el que cuatro o cinco grupos controlarán a nivel mundial el mercado de la Televisión"[176].

Guadalupe Aguado en su trabajo "Retos de la Televisión en Europa: Viabilidad y Tendencias de Mercado" señala:

> *A pesar del alto número de canales que técnicamente son posibles en el mercado, el reparto de la audiencia se concentra en un número reducido de operadores prácticamente en todos los países europeos. En el caso de Alemania22 las audiencias están dominadas por cuatro operadores de televisión en abierto (ARD, RTL, Prosieben Sat 1 y ZDF), que concentran cerca del 89% de las mismas. Al mismo tiempo es un mercado que se caracteriza por una considerable fragmentación de sus audiencias como consecuencia del elevado número de canales, alcanzando RTL, líder en audiencia, sólo el 15% del share. Los operadores de dichos canales logran rentabilizar esas cuotas debido a que la televisión pública tiene escasa participación en el mercado publicitario, al alto rendimiento de la publicidad, con costes por impacto (de 10.05 euros) y a la concentración de canales en un reducido número de operadores.*
>
> *Igualmente, el mercado de la televisión del Reino Unido está dominado por cuatro operadores (BBC, ITV, Sky y Channel 4) que aglutinan más del 80% de la audiencia total.*
>
> *En el caso de Francia los tres grandes operadores de televisión (France Televisión, TF1 y M6) aglutinan el 85% de la audiencia y reciben el 90% de*

Mercados Relevantes Compañía General de Inversiones S.A.S. 22 de agosto de 2011. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/noticias/2011/octubre/06102011_estudio_definicion_mercados_relevantes.html

[174] Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

[175] Laguna de Paz, José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

[176] Muñoz Machado, S.: Derecho Público de las Comunidades Autónomas, Madrid, Cívitas 1982, citado por Laguna de Paz, José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000.

la inversión publicitaria. Aunque nuevamente se produce fragmentación en el reparto por canales, pues a excepción de TF1 que en 2003 alcanzó un 30,6% de share, el resto de canales alcanza cuotas más reducidas (France 2 el 20,8%; France 3 el 15,5%; M6 el 12,6%; France 5/Arte el 5,2%; Canal + el 4,7%)[177]*.*

En Italia la audiencia en 2003 se repartió básicamente entre dos operadores, el operador público RAI, que alcanza un share del 46% y el operador privado Mediaset, con una audiencia del 43%. De manera que entre ambos engloban una audiencia conjunta del 89% del total.

En España la audiencia se reparte entre los cuatro grandes operadores que conforman el mercado y que aglutinan el 90% (RTVE, Tele 5, Antena 3 y Forta).

Así pues, tal y como se refleja en el Estudio comparativo sobre el número de operadores y canales de televisión comercial en Europa, elaborado por Deloitte, en los diferentes países europeos las audiencias se reparten de forma equivalente entre operadores públicos y privados. Siendo un número limitado de éstos quienes concentran el 80% del mercado.

Igualmente se concentra la audiencia en un número reducido de canales de televisión, de manera que entre cuatro y cinco canales por país se reparten más del 80 % de la cuota de audiencia, a excepción de Alemania.

Igualmente, en todos los países suele predominar un canal principal que obtiene shares de audiencia entre el 25% y el 30%, salvo en el caso de Alemania, donde el canal más representativo en este sentido obtiene un 15%.

La concentración de audiencias en un reducido número de operadores se ve correspondida con una si cabe más acentuada concentración de la inversión publicitaria. Siendo los mercados más afectados por dicha concentración Alemania e Italia, donde dos operadores concentran el 80% de la inversión. En el caso de otros países como España cuatro operadores se reparten la inversión, debido a la mayor competencia derivada de la participación de la televisión pública en el mercado publicitario.

Entre las tendencias que se vienen imponiendo en el sector de los medios, junto a la concentración de audiencia en un reducido número de operadores se encuentra la tendencia a la segmentación de mercados, que se verá aún más acentuada por la implantación de la TDT.
Tradicionalmente, los mercados audiovisuales europeos han estado fragmentados debido a la diversidad cultural y lingüística. La proliferación de canales derivada de la televisión digital fragmentará aún más el mercado. Dados los enormes y crecientes costes de producción de los programas de alta calidad, los consumidores tendrán que pagar altos precios por abonarse, o bien los radiodifusores no desearán invertir en contenidos locales y preferirán rellenar sus programaciones con material de archivo barato e importado. Cuanto menor sea el mercado, mayor es el riesgo de fracaso. Por ejemplo, mientras que el gran mercado de lengua alemana parece capaz de mantener una fuerte oferta de series de televisión de producción local, la situación de los mercados de tamaño intermedio como Italia y España y de los mercados de pequeño tamaño como Bélgica pasa por recurrir a la

[177] Fuente: Eurodata TV/Médiamat-Médiamétrie: *Estudio comparativo sobre el número de operadores y canales de televisión comercial en Europa*. Deloitte, diciembre de 2004.p. 26.

coproducción como única opción económicamente viable. Hay excepciones como el caso del productor holandés Endemol, han logrado un gran éxito produciendo formatos de programas de entretenimiento, series y concursos que pueden venderse a empresas de radiotelevisión de toda Europa. Es preciso fomentar la producción de este tipo de contenidos porque contribuyen a financiar las infraestructuras de producción necesarias para mantener los programas que sólo tienen interés local o nacional.
La abundancia de frecuencias no sólo afectará a los hábitos del espectador, sino que también incidirá notablemente en el mercado. Al multiplicarse los canales, los porcentajes de audiencia por canal se fragmentarán inevitablemente. Los ingresos por publicidad no serán suficientes para financiar muchos de los nuevos canales, ya que sus audiencias serán bajas. Por ello, la mayoría de los nuevos servicios deberán financiarse por el sistema de pago por visión o por abono.

Mientras que la televisión gratuita continuará existiendo, la digitalización proporcionará servicios adicionales y más opciones para los que lo deseen y puedan pagarlo.

En este sentido, la oferta de televisión, por ejemplo, deberá cambiar en busca de nuevos formatos; pero, antes que perseguir un éxito masivo en el mercado nacional correspondiente, escogerá la vía de una extrema, deliberada fragmentación y reestructuración del mercado, proyectando productos especializados, destinados a un público bien identificado en varios mercados nacionales, con el objetivo de conseguir la internacionalización.

Naturalmente, una tendencia de tales características no prevé suplantar los modelos de la televisión generalista, sobre todo en un breve plazo de tiempo, sino sólo redimensionar la extensión y el dominio del sistema de los consumos culturales, desplazando el equilibrio de las relaciones de fuerza hacia otras formas de comercialización de la información y de la comunicación, que ya son claves en otros sectores de la industria editorial, históricamente basados en el uso de soportes individuales (libros, música...).

Se prevé pues, un alto grado de personalización, en el que la pasividad del espectador se reduce al mínimo histórico, de manera que el público pueda decidir lo que quiere consumir, afectando con su decisión a la estructura de la oferta, y por consiguiente determinando la producción[178]*.*

En Colombia, según estudio contratado por la CNTV[179] existen (i) unos operadores que concurren al mercado para disputarse la pauta publicitaria RCN TV, Caracol TV, Canal UNO y City TV y cuya fuente de financiación está precisamente en los ingresos derivados de la venta de pauta publicitaria; (ii) otro grupo de operadores,

[178] Aguado Guadalupe, Guadalupe.: "Retos de la Televisión en Europa: Viabilidad y Tendencias de Mercado" Documento de Trabajo Nebrija 2005/007. Trabajo realizado en el área de investigación "Retos y tendencias de las empresas informativas europeas", en el marco del Módulo Europeo Jean Monnet de la Universidad Antonio de Nebrija.

[179] Informe No. 2 Determinación y Análisis Cuantitativo de los Mercados Relevantes Compañía General de Inversiones S.A.S. 22 de agosto de 2011.
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/noticias/2011/octubre/06102011_estudio_definicion_mercados_relevantes.html

que si bien están habilitados para emitir publicidad, en la actualidad está financiados en más de un 70% por los recursos públicos: los canales regionales con excepción de Teleantioquia y (iii) un grupo de operadores que no emite publicidad y que no participa en el mercado y cuya financiación está a cargo del Estado, estos son Señal Colombia y Canal Institucional.

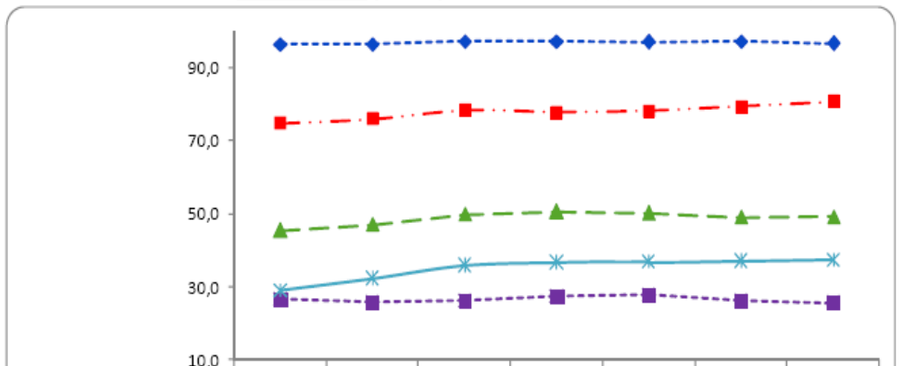
Señala el mismo estudio que *"…los operadores de televisión abierta tienen más del 90% de los ingresos reportados a la CNTV por concepto de pauta publicitaria (971.335 Millones, en el año 2010)"*.

Además, la distribución de pauta publicitaria de la TV abierta para el año 2010 fue del 51,9% para RCN TV, 41,8% para CARACOL TV, 3,6% para el CANAL UNO; 2,7% para City TV, para una suma de 945.198 millones, de un total de 971.335 Millones reportado a la CNTV por pauta publicitaria en el 2010[180].

Por otra parte si se toma en cuenta el mercado de audiencia se tiene que:

[180] Ibídem

Audiencia último mes por tipo de canal (%) (I-2009 a I-2011)



	I-2009	II-2009	III-2009	I-2010	II-2010	III-2010	I-2011
Nacionales Privados	96,3	96,3	97,2	97,1	97,0	97,1	96,6
Resto Canales TV Cerrada	74,7	76,0	78,3	77,8	78,1	79,4	80,7
Regionales	45,3	47,0	49,8	50,5	50,1	49,0	49,2
Nacionales Públicos	26,5	25,7	26,1	27,3	27,7	26,1	25,6
Locales	28,9	32,3	35,8	36,6	36,7	37,0	37,3

Fuente: ACIM – EGM. Cálculos CNTV – Oficina de Planeación

181

Así las cosas es evidente que en el mercado de audiencia los canales nacionales abiertos concentran más del 90% de la misma y en el mercado relevante, operadores y anunciantes, existe un duopolio conformado por las empresas RCN TV y CARACOL TV, para quienes repartirse un ingreso de 971.335 Millones por pauta, resulta mucho más atractivo que tener que compartir ese ingreso con un tercero, lo que además implicaría un mayor esfuerzo por obtener el favor de los consumidores hacia los contenidos que se transmiten, lo que sin duda redunda en beneficio de éstos, y es lo que finalmente direcciona la pauta publicitaria.

Adicionalmente existe otro beneficio para los operadores en el duopolio existente, que se explica en esta comunicación de la Contraloría General de la República así:

> *Como es de su conocimiento, en el año 1997 la Comisión Nacional de Televisión adjudico dos canales de cobertura nacional y de carácter privado a*

[181] Módulo de Televisión. Estudio General de Medios. Primera Ola 2011 CNTV Oficina de Planeación. Información Asociación Colombiana para la Investigación de Medios –ACIM- (Fecha realización trabajo de campo Septiembre-Octubre10/Febrero-Marzo 11 (6 principales ciudades) y Mayo-Junio/Septiembre-Octubre 10 / Febrero-Marzo 11 (9 ciudades intermedias).

los concesionarios Caracol y RCN (canales incumbentes), por una vigencia de 10 años, mediante los contratos 136 y 140, respectivamente.

En enero 9 de 2009, mediante el Otrosí 8 se prorrogaron los contratos de concesión de Caracol y RCN. Dicha prórroga se determinó por 10 años, contados a partir del 11 de enero de 2009.

El precio Base de esta prórroga fue de $187.184 para cada canal. El Precio Final esta en un rango de valoración, determinado en la cláusula séptima del Otrosí 8, entre $ 110.000 millones y $ 264.367 millones, dependiendo del comportamiento de la inversión neta en publicidad en televisión abierta nacional, regional y local (INPTV) del periodo comprendido entre el primero de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2010.

Sin embargo, es importante señalar que el precio de la prórroga se calculo con base en el supuesto de que el inicio de la operación comercial del tercer canal fuera a partir de julio 1 de 2010, tal como lo estableció la cláusula cuadragésima octavo de los otrosíes a los contratos 136 y 140 de la valoración del mercado de televisión que se refleja en el precio final a cobrar por las prórrogas.

Teniendo en cuenta que el primero de julio de 2010 no fue posible el inicio de la operación del tercer canal, se presenta una situación en la que la CNTV está dejando de cuantificar y de recibir una parte relevante de la valoración del mercado de televisión que se refleja en el Precio Final a cobrar por las prórrogas.

Cabe anotar que el valor total de las licencias de televisión abierta nacional de operación privada fue definido por la CNTV en $ 598.009 millones mediante estudios de valoración económica de las concesiones. Los otrosíes firmados el 9 de enero de 2009 contemplan un precio tope de las prórrogas de $528.734 millones. Por consiguiente, es necesario determinar y cobrar el valor adicional de las prórrogas a pagar por parte de los canales incumbentes en el evento de la no entrada en operación del tercer canal, dado que dichos operadores gozarían de la exclusividad de la totalidad del mercado.

En efecto, la cláusula cuadragésima octava del Otrosí 8 establece un Contexto de Mercado para la determinación de la valoración de las prórrogas así: "Por medio del presente contrato y de acuerdo con los estudios realizados por LA COMISION, esta otorga a favor de EL CONCESIONARIO una prórroga para la operación y explotación de un canal de televisión privada de cubrimiento nacional con la participación de dos operadores incumbentes y un nuevo operador a partir del 1 de julio de 2010"

Dado que la determinación del Precio Final lo cabe definir la CNTV a más tardar el 8 de enero de 2011. de conformidad con lo establecido en el parágrafo tercero de la cláusula séptima de Otrosí 8, de no incluirse la parte de la valoración de la prórroga no contemplada en el mismo, y de no realizarse en forma oportuna, antes de la fecha señalada, es posible que se genere un detrimento patrimonial por el valor dejado de recibir por parte de esa Entidad.

En este orden de ideas, una providencia como la que se ha adoptado, implica que una decisión que se expide por un órgano judicial a nombre del Estado, no solo va en contravía de una decisión adoptada por la CNTV en un momento en que tenía

consagración constitucional, y que se tomó considerando la importancia de que existan más competidores en el mercado de la televisión, sino que constituye una forma mediante la cual otra autoridad pública, en este caso, el Consejo de Estado, favorece la consolidación de un duopolio ya existente en la estructura del mercado, con el consiguiente desconocimiento del derecho colectivo de los consumidores a la libre competencia.

El fallo objeto de este salvamento, no solo propicia de facto la restricción de la competencia facilitando el reforzamiento del duopolio existente y el posible abuso de la posición dominante por el mismo, sino que impide la pluralidad de información, pensamiento y opiniones, al igual que la expresión de la diversidad cultural e ideológica, al tiempo que deteriora la calidad de los productos y servicios de televisión al excluir la posibilidad de que nuevos competidores abran otros espacios y permitir que las empresas que gozan de una posición dominante en el mercado relevante puedan torpedear la entrada de un tercero al no presentar ofertas a cualquier nueva licitación que se abra.

Una decisión estatal como la que se controvierte es entonces, en si misma, contraria al principio de libre competencia que pretende defender, pues mediante ella se establecen condiciones que impiden la entrada en un mercado en el que actualmente existe un número limitado de empresas con acceso al espectro, y para nada contribuye al “desarrollo educativo cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social” que promueve la Ley 1341 de 2009, por lo cual el Consejo de Estado, llamado a proteger la legalidad de las decisiones termina quebrantando la normativa cuya observancia se supone defiende.

Si la consolidación de un duopolio y su posición dominante, como en el caso, obedece a una actuación del Estado, en este evento el Consejo de Estado, tal

medida da lugar a una violación automática del principio constitucional de libre competencia y de las normas que lo desarrollan.

La decisión de la que discrepamos tiene un efecto equivalente a un acuerdo anticoncurrencial para impedir la entrada de un tercero al mercado, lo cual resulta especialmente grave al ser propiciado por el Estado mismo, máxime cuando el que actúa a nombre del Estado es el juez administrativo en cabeza del Consejo de Estado.

Al adoptar esta posición el Consejo de Estado está estableciendo un obstáculo significativo para una competencia efectiva, pues con el no solo contribuye a consolidar el duopolio existente, sino que impide que el único proponente que cumple los requisitos del pliego y está dispuesto a pagar lo que la administración definió como un precio justo para el acceso al espectro electromagnético, ingrese como nuevo competidor al mercado de la televisión abierta que de suyo ya ofrece fuertes barreras a la entrada y cohonesta la práctica de los otros dos interesados, que al retirar sus propuestas refuerzan la posición de mercado que ostentan.

12. EL CASO CONCRETO

Todos estos conceptos han sido desconocidos en el fallo de que nos apartamos, donde se hace explícita la confusión entre libre competencia con varios oferentes en el mercado y pluralidad de interesados en una licitación.

12.1 LIBRE COMPETENCIA CON VARIOS OFERENTES EN EL MERCADO Y PLURALIDAD DE INTERESADOS EN UNA LICITACIÓN.

En efecto, el fallo al que nos oponemos, confunde los criterios anteriores al señalar que:

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

(…)

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

No obstante, acto seguido la sentencia que se cuestiona desconoce su propia afirmación al reducir la libre competencia, entendida como esa pluralidad de oferentes que compiten entre si en un mercado para que los consumidores los elijan, a la existencia de una pluralidad de oferentes ya no en el mercado sino en un proceso licitatorio, lo que indica además una seria confusión conceptual.

Esa confusión se observa también en la afirmación que se hace en el fallo de que los procesos de selección objetiva que menciona el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en especial de la figura de la subasta allí mencionada, *"solo pueden ser entendidos en cuanto instrumentos para la conformación competitiva del precio (maximización) que el legislador espera que se pague por el interesado seleccionado en el acceso al espectro, recursos con destino a los fondos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión"*.

La confusión es tan evidente, que para fundamentar su aserto la Sala invoca sentencias de la Corte Constitucional así:

De la sentencia C-432 de 2010, en dos ocasiones dentro del fallo, resalta la Sala, el aparte que señala:

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

De la Sentencia C-150 de 2003, destaca la Sala que:

> *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 económicos[182].*
>
> *En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio[183], de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.*
>
> *Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda*

---

[182] La Corte Constitucional sostuvo, en el mismo sentido, que "[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores" (Sentencia C-616 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar Gil, precitada).

[183] Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo.

de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema[184]. 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.

No obstante apoyarse en las citadas sentencias, es evidente que de las afirmaciones transcritas de la Corte Constitucional no se deduce, como concluye el fallo del que discrepamos, que la pluralidad de oferentes en una licitación sea la forma adecuada de preservar la libre competencia económica. Por el contrario, allí se afirma claramente por parte del alto Tribunal, que para garantizar el interés de los competidores, el de los consumidores y el interés público del Estado, lo que se requiere es que la pluralidad de oferentes se encuentre en el mercado, y no necesariamente entre quienes participan en una licitación.

Por tanto no es la participación de un número plural de interesados en la asignación de bandas la que propicia la masificación y democratización de la participación de los individuos en los medios de comunicación, como se afirma en el fallo, sino la existencia de una pluralidad de oferentes en el mercado.

Hace también referencia el fallo a que se controvierten principios consagrados en el artículo 2 de la ley 1341 de 2009, los cuales, según lo señala expresamente la Sala, deben orientar su interpretación, pero se limita a enunciar que es deber del Estado propiciar *"…escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al*

[184] Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

mercado, con observancia del régimen de competencia…" (Subraya la Sala)

Olvidó sin embargo la Sala que esos principios incluyen la prohibición al Estado, del cual hace parte esta Corporación, de *"fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros"* cosa que precisamente hace el fallo, y el deber de propiciar la sana competencia, que es precisamente lo que esta sentencia impide.

12.2. **INDEBIDA INTERPRETACIÓN NORMATIVA Y PROPONENTE ÚNICO.**

Decide la Sala, de su análisis confrontativo entre el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2010, que este deviene nulo al permitir hacer la adjudicación al proponente único habilitado, si su propuesta cumple con los requisitos habilitantes exigidos, toda vez que tal permisión contaría el mencionado artículo 72, que exige la concurrencia de oferentes para poder llevar a cabo la adjudicación, mediante el mecanismo de subasta, además de tratarse, según la Sala, de una norma especial por abordar el uso y la explotación del espectro electromagnético.

Al efecto, la norma señala lo siguiente:

> *Artículo 72 Ley 1341 de 2009: Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:*
> *Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.*
> *En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.*

Cuando prime la continuidad del servicio el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones disponía:

4.11.Obligatoriedad de la oferta para el proponente habilitado único.
De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión podrá adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una propuesta, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.
En el evento en que sólo resulte un proponente habilitado, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la propuesta, que pagará por concepto de su oferta económica para competir y ser elegido el diez por ciento (10%) del precio base de la concesión. En tal evento, el precio de la concesión será de $113.749.900.000, que corresponde al precio base de la concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de oferta económica para competir y ser elegido.(Subrayado fuera de texto).

La Sala sienta la posición de la que nos apartamos, en dos aspectos cardinales que estimamos adversos al fin superior que se pretendía perseguir con la licitación pública 002 de 2010, cual es, principalmente, la garantía del pluralismo informativo. En primer lugar, aduce que el señalado artículo 72 es norma especial y, por tanto, de aplicación prevalente cuando se trata del acceso al uso y explotación del espectro electromagnético, de forma tal que excluye la aplicación del artículo 90 del decreto 2474 de 2008, que desarrolla la ley 1150 de 2007. Como segundo punto, esgrime que el aludido artículo 72 se informa de los principios constitucionales a los que se refiere la Ley 1341 de 2009 enfocándose en el de libre competencia[185]. Esto hace que dicha norma, frente a procesos de

[185] Artículo 2º. Principios orientadores. La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.
Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.
Son principios orientadores de la presente ley: (…)
2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de

selección para el uso del espacio electromagnético, sea imperativa al prescribir la pluralidad de interesados, como presupuesto para la apertura del proceso licitatorio y de la adjudicación misma.

Nos referiremos a estas aseveraciones de la Sala, comenzando por la atinente a que el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 es norma especial y de aplicación prevalente al establecer, en los términos del fallo, reglas imperativas, precisas y claras configuradoras de los procesos administrativos de asignación del espectro electromagnético y radioeléctrico, que tienen por finalidad la maximización de los recursos públicos.

A nuestro juicio, no se puede pretender que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, comporte una regulación especial, con respecto a la asignación del uso del espacio electromagnético, que descarte la normativa general de contratación pública (artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007 que a su vez modificó la Ley 80 de 1993). Estas normas han de considerarse complementarias y no excluyentes, toda vez que el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 solo se ocupa de dar una instrucción precisa a la administración para que, previo al proceso para el otorgamiento del permiso de uso del espectro electromagnético, verifique si existen varios interesados, y en caso tal de que ello sea así, efectúe un proceso de selección objetiva, dentro del cual se puede optar por el mecanismo de la subasta pública.

Se identifica, entonces, un elemento esencial de aplicación normativa del artículo 72 el cual se refiere al momento en que la administración debe observar su preceptiva, o elemento temporal, cual es la fase previa al proceso para otorgar la respectiva concesión. De este modo, la norma no se proyecta a otros momentos

---

unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia. (Subrayado fuera de texto).

del proceso licitatorio[186], como la adjudicación, para los cuales sí existe regulación específica en la normativa general de contratación administrativa, plenamente aplicable al caso.

Nótese cómo, si se aceptare que el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 se erige como norma especial, en tratándose de procesos administrativos para el uso y explotación del espectro electromagnético, excluyendo las normas generales de contratación pública como la ley 1158 de 2007 y su decreto reglamentario 2474 de 2008, se incurre en el contrasentido de no hallar normativa aplicable a las fases posteriores del proceso licitatorio, o a ciertos eventos que, de presentarse, no tendrían regulación a cuál acudir. Tal entendimiento redunda en lamentable consecuencia de concederle a dicha norma un alcance que no tiene, al pretender regular con ella todo el proceso de la licitación pública, como si éste se agotare en la fase previa de verificación de interesados a que hace referencia.

Además, no existe estatuto contractual especial para la Comisión Nacional de Televisión, ni disposición legal expresa que la excluya de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, por lo que no es de recibo entender, como lo indica el fallo, que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 aborda sustancialmente el acceso al uso y explotación del espectro electromagnético, menos aún cuando del contenido de dicha ley no es inferible una conclusión en tal sentido[187]. De hecho,

---

[186]Es necesario hacer referencia a las etapas del proceso licitatorio que en sentencia de unificación SU-713 de 2006 trae la Corte Constitucional:

"El proceso licitatorio se inicia (i) con una 'etapa previa' que corresponde al cumplimiento de los requisitos que se imponen en la ley para su apertura, tales como, realizar los estudios y análisis previos, obtener la habilitación presupuestal y realizar la publicidad de los prepliegos, etc.; (ii) continúa con la 'resolución de apertura' mediante la cual se decide contratar; (iii) prosigue con la publicación de avisos y del contenido del 'pliegos de condiciones'; (iv) a continuación, y a solicitud de cualquier interesado, es posible practicar 'audiencias aclaratorias a su contenido; (v) para recibir con posterioridad la presentación de las 'ofertas' que es la fase central en donde se fija la posición de los licitantes; (vi) luego debe entregarse por el comité evaluador el 'informe de evaluación', permitiéndose la realización de 'observaciones´ a su contenido por parte de los oferentes; y finalmente, (vii) se produce la 'selección y adjudicación' del contrato en donde definitivamente se compromete la voluntad estatal".

[187] Esta ley se titula así: "por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones". La ley, regula los siguientes aspectos: los principios generales que se han de observar en el sector de las tecnologías (Título I);

el artículo 1º que trata sobre su objeto[188], es claro al indicar que ella constituye un *marco general* para la formulación de políticas públicas en el sector de las tecnologías de la información y comunicaciones, lo que reitera que darle a uno de sus artículos, el significado aducido por la Sala, restringe el derecho aplicable a estos procesos administrativos, máxime cuando el artículo 72 en comento es insuficiente para regular un proceso dotado de varias fases y situaciones que requieren de la observancia de la normativa al efecto existente, so pena de imposibilitar el cumplimiento de los cometidos superiores de la administración con el contrato público, bajo el pretexto de falta de derecho aplicable, cuando este sí existe. Así, se evidencia que fue ello lo ocurrido en el asunto aquí fallado, al concebir que el artículo 72 establece que la única manera de adjudicar el contrato es (i) en el supuesto de que existan varios "interesados" y (ii) mediante el mecanismo de la subasta al alza, lo cual, se reitera, representa una talanquera injustificada para darle continuidad al proceso en aplicación de las normas de contratación que regulan íntegramente la materia.

Lo anterior se concatena con el hecho de que el artículo 72 de la ley 1341 de 2009 nada prevé para el caso en que habiendo pluralidad de interesados no todos presenten oferta dentro del respectivo plazo de licitación, ni prohíbe la presencia

---

normas sobre provisión a las redes y servicios y acceso a recursos escasos (Título II); organización institucional, dentro del cual crea la Agencia Nacional del Espectro (Título III); promoción al acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (Título IV); Reglas de solución de controversias en materia de interconexión (Título V); régimen de protección al usuario (Título VI); normas sobre la radiodifusión sonora (Título VII); régimen de infracciones y sanciones (Título IX); régimen de transición (Título X); y, en las disposiciones finales (Título XI) se ubica el artículo 72 que trata sobre la regla de verificación de pluralidad de interesados con anterioridad a la apertura del proceso licitatorio, de forma tal , que del contexto de la ley, no es colegible que defina reglas exclusivas sobre contratación pública para el sector de las telecomunicaciones, nótese que ni siquiera dedica un título o capítulo para señalar una regulación semejante.

[188] *"Artículo 1°. Objeto. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.*
Parágrafo. El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho".

de un oferente único o el desarrollo del proceso licitatorio si solo uno de los interesados presenta propuesta, resultando aplicable, ante estas eventualidades, la normativa general de contratación pública.

En efecto, la norma demandada del Pliego (numeral 4.11) lo que hizo fue observar lo indicado por la disposición pertinente, cual es el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, al prever el paso a seguir en el hipotético caso de que se presentara solo una oferta e incluso dispuso el pago de un 10% más del precio base de la concesión a fin de maximizar el recaudo con destino al Fondo de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, atribución de que disponía la Comisión Nacional de Televisión según el artículo 5 literal g) de la ley 182 de 1995[189].

Ahora bien, es de observar, de la lectura del artículo 72 citado, que este no establece en modo alguno un presupuesto de procedibilidad para la apertura del proceso, relativo a la existencia de varios interesados, como aduce la Sala. Lo que claramente dispone, como primera medida, es que previamente al proceso, se establezca si existen varios interesados, es decir, lo que ordena es una verificación o revisión de esa pluralidad, para que en caso tal que se presente, se proceda a determinar procesos de selección objetiva, entre ellos la subasta, siendo el objetivo de la disposición, el propender por la maximización de los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, según como allí se regula.

---

[189] *"Artículo 5º. Funciones. En desarrollo de su objeto, corresponde a la Comisión Nacional de Televisión:*
(…)
g) 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…"

Nótese que, contrario a lo afirmado por la Sala, la norma no es de carácter imperativo, esto es, no ordena que deba existir esa pluralidad de interesados para efectos de abrir el proceso. Simplemente dispone que en caso tal que ellos existan, se han de emplear mecanismos que, como la subasta, garantizan mayores recursos para el Estado.

Ahora bien, si se acepta en gracia de discusión que la norma es imperativa al exigir el requisito de la pluralidad de interesados para abrir el proceso; en el caso sub-exámine, puede afirmarse que tal pluralidad existió en virtud de que se presentaron tres interesados a saber: Promotora Audiovisual de Colombia Paxa S.A. (Grupo Prisa de España, CM& y EL Grupo Nacional de Medios), Canal 3 Televisión de Colombia S.A. (Casa Editorial el Tiempo, el Grupo Planeta de España, RTI y El Heraldo) e Inversiones Rendiles (Grupo Cisneros de Venezuela e inversionistas particulares colombianos).

Frente a lo anterior, es importante anotar que la disposición se refiere a la preexistencia de interesados, lo cual dicho sea de paso, evidencia que la Sala incurre en una crasa confusión entre el término interesado y oferente.

Según el Diccionario de la Real Academia Española interesar e interesado tienen el siguiente significado.

> *Interesado, … de interesa. 1. adj. Que tiene interés en algo. U. t. c. s. (…) 3. adj. Der. Dicho de una persona: Que ostenta un interés legítimo en un procedimiento administrativo y, por ello, está legitimada para intervenir en él. U. t. c. s.*
> *Interesar. (De interés). (…) 7. tr. Solicitar o recabar de alguien datos, noticias, resoluciones, etc. (…)*

A su turno oferente según el mismo diccionario significa:

> *Oferente. (Del lat. offĕrens, (…) offerre, ofrecer). 1. adj. Que ofrece. U. m. c. s.*

De las acepciones dadas se advierte que existe una gran diferencia entre estas dos personas: el interesado se ubica en la etapa previa antes mencionada, mientras el oferente o proponente se presenta en una etapa posterior, pues el artículo 72 lo que pretende, mas no exige, es la existencia de interesados en la etapa previa, pero no la existencia de pluralidad de oferentes. A su turno, se colige que el ostentar interés en un negocio o cosa no obliga respecto del interlocutor, que en este caso, es la administración (CVTV), pues tal calidad se sitúa en el ámbito de la averiguación, análisis del negocio y/o formulación de preguntas en orden a establecer si entra o no a proponer, en cambio, ser oferente representa que el sujeto se obligue con respecto a la administración, lo que se corrobora con el requisito de presentar una garantía de seriedad de la oferta. En este orden, el que la Sala equipare el término “interesado” con el de “oferente” lleva al absurdo de que la subasta se entienda realizable con sujetos que no se hallan en posición vinculante ante la administración.

Por otro lado, el fallo del que nos apartamos, además de interpretar inadecuadamente la norma, en el sentido de atribuirle un efecto imperativo en cuanto al presupuesto de procedibilidad que se comentó, va más allá, al considerar que esa pluralidad se exige también para la adjudicación, pues en el sentir de la Sala, la subasta presupone la existencia de varios oferentes que pujen al alza, como se esperaría de la referente al proceso de adjudicación del tercer canal, en aplicación del aludido artículo 72.

Pues bien, este segundo efecto obligatorio atinente a la adjudicación tampoco se deriva de la disposición, puesto que esta hace referencia explícita a una sola fase del proceso cual es la que precede a su apertura, sin que se extienda su regulación a sus etapas posteriores.

Se recalca que tal entendimiento es evidente en la medida que la norma establece la actuación a seguir por parte de la Entidad antes de abrir el proceso al requerírsele que advierta si existen varios interesados, para que en ese evento, se reitera, defina mecanismos de selección objetiva, que como la subasta, le obtendrán mayores recursos. Se lee que la norma, en ningún aparte de su texto, regula las fases posteriores al proceso, ni indica el procedimiento a seguir en caso que no se presente pluralidad de interesados ni de ofertas en el momento de la adjudicación.

Por su parte, la subasta es un mecanismo para la adjudicación pero no el único. El artículo 72 de la ley 1341 de 2009 ni siquiera es imperativo en que sea ese el mecanismo aplicable en caso de existir pluralidad de interesados, pues lo que hace es trazar un camino sugiriendo uno de estos mecanismos de selección objetiva, a fin de maximizar los recursos de los fondos a que se refiere dicha norma.

Incluso, la Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto N° 1966 de 5 de octubre de 2009, consideró que para establecer la existencia de un número plural de interesados basta con verificar los operadores inscritos en el RUO. Al respecto dijo:

> *Para ello, el artículo obliga en primer lugar a que previamente al inicio del proceso contractual se determine si existe o no un número plural de interesados, lo cual, en caso de la televisión se logra con la exigencia de inscripción previa en el RUO"*
>
> (…)
>
> *Considera la Sala que en el contexto del artículo (reglas para la asignación del espacio electromagnético), la expresión "medios de selección objetiva" no se debe entender como las modalidades de contratación (adjudicación, selección abreviada, contratación directa o concurso –art.2 Ley 1150 de 2007), sino como los mecanismos de adjudicación o de asignación de las respectivas concesiones, entre los cuales se menciona la subasta.*

Respecto de este mecanismo, el Consejo de Estado[190] ha señalado que se caracteriza porque la definición del adjudicatario del contrato estatal se hace únicamente en consideración del precio que el proponente está dispuesto a ofrecer al Estado:

Es la doctrina la que ha establecido "que son contratos al mejor postor o en pública subasta", aquellos en los que "una persona ofrece su celebración al público o a cierto grupo de individuos en las condiciones que ella misma señala, pero entendiéndose que el contrato se celebrará con el que ofrezca el mejor precio...Pero difieren en que el precio no está determinado en forma definitiva. Será la subasta la que lo determine; su objeto es precisamente obtener el mejor precio posible. ... La subasta puede hacerse con señalamiento de mínimun o sin él. En el primer caso, el contrato se celebrará con quien ofrezca el mínimum o un precio superior... ***Pero, haya o no señalamiento de mínimum, el contrato se reputará celebrado siempre con el que ofrezca el precio más alto[191]".*** *(Subrayado original, negrilla fuera de texto, pie de página de la sentencia que se cita)*

En el mismo sentido, conforme a la doctrina económica, la subasta no se identifica necesariamente con un sistema de pujas sucesivas, que es sólo uno de los varios modelos de adjudicación o de compra de un bien por "subasta"; lo que caracteriza dicho mecanismo, como indica la sentencia en cita, es la venta o adquisición de un bien en razón del precio ofrecido, ya sea en uno solo o en varios ofrecimientos.[192]

---

[190] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, octubre 20 de 2005.

[191] Los destacados son de la sala. Arturo Alessandri Rodríguez. *De los contratos*. Ed. Temis.S.A. pags. 116, 117.Juan Carlos Cassagne –*El contrato administrativo*- por su parte señala que el remate público, también denominado "*subasta*" "difiere de la licitación pública en cuanto se realiza previa convocatoria al público en general debidamente publicitada, una puja para ofrecer el mejor precio para la Administración. Precisamente, esta puja que se produce entre los concurrentes a la subasta y que no finaliza hasta no tener más postores que la última oferta, constituye una de las principales diferencias con el procedimiento de la licitación. En cambio, si la subasta se realiza con la recepción de ofertas bajo sobre obviando la puja, el procedimiento se asemeja al de la licitación pública".(p. 48). Para MARIENHOFF, remate público y subasta "trasuntan situaciones de hecho distintas a la licitación", en cuanto en ésta las ofertas se hacen por escrito, de acuerdo con un procedimiento preestablecido y la adjudicación del contrato no es simultánea con el conocimiento de la mejor oferta, pues esa adjudicación demora un tiempo en trámites ulteriores, en cambio en la subasta, las ofertas se hacen de viva voz en presencia de todos los asistentes al acto, y el contrato se concluye simultáneamente con el conocimiento de la mejor oferta. (*Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo III-A. P.*187).(Pie de página corresponde al texto original de la Sentencia que se cita)*

[192] Así, la doctrina distingue cuatro tipos básicos de subasta: Subasta con sobre cerrado a primer precio: el comprador sólo puede realizar una oferta, sin conocer cuál es el precio que ofrecen los demás; es decir, que "cada uno de los postores sabe cuánto valora el bien, pero ignora la valoración de los otros" (Singer, Marcos, 2002). La adjudicación se hace a la oferta más alta. En este esquema, pujar alto para estar por encima de las otras propuestas (que se desconocen) supone aumentar la probabilidad de ganar, pero se asume pagar un precio alto por el bien ofrecido. Según Riascos Villegas "en esta subasta los agentes observan su valoración (información) y hacen una oferta. Gana el que ofrece más alto y paga por lo ofertado." (Introducción a la Teoría de las Subastas, 2008, Universidad de los Andes)

Subasta Vickrey o de Segundo Precio: opera igual que la anterior (una sola oferta a sobre cerrado), pero el precio a pagar por el ganador corresponde al de la segunda mejor oferta.

Subasta Inglesa (ascendente): los compradores emiten ofertas de manera ascendente, empezando por precios bajos y mejorando sus ofertas, hasta que ningún comprador puede superar el precio del último ofertante, a quien por tanto se le asigna el respectivo bien;

Subasta Holandesa (descendente): el vendedor o subastador empieza anunciando un precio, normalmente alto, y lo va disminuyendo hasta que alguno de los interesados toma la oferta.

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

En relación con el precio establecido en el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones, el fallo cuestiona que este no se conforma a partir de la interacción dinámica de ofertas, en cuanto no hay con quién competir o pujar en rondas diversas, razón por la cual, la CNTV estableció en el numeral impugnado un sistema regulado del valor a ser pagado por el oferente único favorecido, esto es, un precio de tabla y no de conformación competitiva, luego la maximización de recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, no depende del mercado, sino de una fórmula preestablecida por la entidad administrativa.

Consideramos que la anterior interpretación desconoce el hecho de que el numeral 4.11 atacado lo que hizo al fijar ese precio fue precisamente maximizar los ingresos para los fondos a que están destinados, en el caso de que se presentara un único oferente, pues la norma del artículo 72 no establece que la puja entre oferentes sea la única manera de obtener los mejores resultados para el Estado, máxime cuando, como se anotó, la disposición normativa del artículo 72 no constituye norma especial y excluyente frente al uso y explotación del

---

Cada una de estas subastas es a su vez susceptible de muchas variantes. (Al respecto pueden verse, entre otros, Usategui, José María; Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de información, Universidad del País Vasco, 2003, p.23-26; Singer Marcos, Una introducción a la teoría y prácica de las subastas, Revista Abante, Volumen 5, 2002; Mavila Daniel, Las Subastas, Instituto de Investigación, Facultad de Ingeniería Industrial UNMSM, 2003; Millán Placi Maria Florencia, Aplicación de la Teoría de las Subastas, www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_02/millan.pdf; Aparicio Roqueiro Carlos, La Regulación de las OPA, regulación europea y ofertas sobre empresas; Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografía No.20, Madrid, 2007; Durá Juez Pedro, teoría de las Subastas y Reputación del Vendedor, Comisión Nacional del Mercado de Valores Monografía 3, Madrid, 2003)

espacio electromagnético y tampoco es de carácter imperativo. De ahí que la Entidad debiera acudir precisamente, a las normas generales que sí regulan la eventualidad del único oferente, sin sacrificar el recaudo destinado a los aludidos Fondos, mediante la estipulación de ese 10% adicional del precio base de la licitación pagadero por quien resultare beneficiario de la adjudicación.

Por otro lado, el fallo interpreta que:

> *En relación directa con los procesos de selección objetiva que invoca la norma, en especial con la subasta, la necesidad de que los participantes dentro del proceso correspondiente pujen necesariamente de manera competitiva, siempre al alza, lo que implica para estos eventos que la subasta propuesta por el legislador, conlleva irremediablemente la presencia de un número plural de interesados, pujando, en cada una de las rondas que se establezcan en los pliegos correspondientes en torno a un precio siempre más alto, lo cual se torna imposible de lograr, bajo condiciones objetivas de ausencia de concurrencia plural de interesados en el proceso de selección de contratistas, que en la modalidad de subasta, instrumente la administración.*
> *(…)*
> *La no presencia de pluralidad de oferentes en la subasta rompe en consecuencia con el principio de igualdad, y significaría la adopción de formas encubiertas de discriminación perturbadoras sustancialmente de los propósitos definidos en el artículo 72 de la Ley 1341 para la subasta[193].*

Varias consideraciones nos suscita ese párrafo, comenzando por reiterar la confusión respecto de los términos “interesado” y “oferente” comentada, la cual es repetitiva en el texto del fallo, siendo pertinente ahora, abordar lo relativo a la supuesta violación a la igualdad de oportunidades aducida por la Sala. Para el efecto, resulta oportuno traer a colación lo que la Corte Constitucional señala sobre ese derecho en materia del acceso al espectro electromagnético, dilucidando, por contera, el alcance de los vocablos “interesado y proponente”:

---

[193] GUERRA DE LA ESPRIELLA, María del Rosario. OVIEDO ARANGO, Juan Daniel. *“La ley de las tecnologías de la información y las comunicaciones”.* Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010. Págs. 157 a 165. Cabe precisar finalmente que, en el proceso de asignación de espectro con pluralidad de interesados, el proyecto de ley incluyó la subasta para la selección objetiva del solicitante, por cuanto ha sido una de las principales innovaciones en la política de gestión del espectro radioeléctrico, orientada a garantizar la asignación de dicho bien público a los interesados que más lo valoren y que lo usen de la forma más eficiente posible. En todo caso, no debe perderse de vista el objetivo de la gestión del espectro radioeléctrico, consistente en maximizar tanto el valor social derivado del uso del mismo, como el valor privado apropiable en parte, por medio de los procesos de selección objetiva.

De manera específica, en el artículo 75 de la Constitución Política, se dispone que "se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso" al uso del espectro electromagnético en los términos que fije la ley. En razón de ese mandato, cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurran particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar.

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración[194]*.*(Subrayado fuera de texto).

Es pues el hecho de que la administración brinde la oportunidad de participar en los procesos de selección lo que se debe garantizar, sin que ello conlleve a la imperiosa existencia de pluralidad de oferentes.

Una segunda reflexión surge sobre la categórica afirmación, que se repite a lo largo del fallo consistente en que *"la subasta propuesta por el legislador, conlleva irremediablemente la presencia de un número plural de interesados, pujando, en cada una de las rondas que se establezcan en los pliegos correspondientes en torno a un precio siempre más alto…"* (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta que la norma del artículo 72, por un lado, se limita a señalar que en caso de que exista pluralidad de **interesados** y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva, ***entre ellos la subasta***; y por el otro, que existen diferentes tipos de subasta que no necesariamente implican una puja al alza[195], es claro que el fallo

[194]C-654-03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[195]Subasta en sobre cerrado:

distorsiona la intención del legislador, que no estableció una forma específica de subasta. En este orden, la interpretación acuñada por la Sala, limita las posibilidades de la subasta a aquella que implica puja al alza, además de estatuirla como el único mecanismo de selección objetiva, siendo evidente, de la redacción del artículo 72, que la subasta se enuncia, como uno de esos mecanismos, entre otros posibles.

La subasta en sobre cerrado es aquella en la que los postores presentan su oferta en una sola ocasión. Puede ser De primer precio si el ganador paga el precio que ofreció, o De segundo precio si el ganador paga el precio ofrecido por quien quedó en segundo lugar.

Subasta dinámica:

Los postores conocen las ofertas de su competencia y pueden modificar la suya mientras la subasta está abierta. La subasta dinámica puede ser ascendente (inglesa), que parte de un precio de reserva y consiste en que los postores vayan presentando precios ascendentes, ganando quien ofrezca el precio mayor; descendente (holandesa) que se inicia con un precio determinado, superior a todas las ofertas, y que el subastador va bajando por etapas: gana el postor que primero acepta un precio. En la subasta americana todos los postores deben pagar la oferta que hacen, pero sólo el que realiza la mejor oferta obtiene el producto.

Subasta Round Robin:

Se trata de una variante de la subasta con oferta cerrada que viene utilizada primordialmente para la venta de inmuebles. Los interesados hacen sus ofertas en una bolsa cerrada y luego el subastador le comunica a los postores cual es la oferta que se está adjudicando la subasta en esos momentos. Después de dicha comunicación, los participantes pueden tratar de superar la oferta máxima o abandonar la subasta.

Subasta a la baja:

También conocida con el nombre de subasta inversa, en la que el postor ganador es aquel que realiza la puja única más baja. La subasta permanece abierta durante un tiempo determinado durante el cual la gente puede pujar sin que el resto de pujadores conozcan el valor de las pujas. Una vez finalizado el tiempo de la subasta, esta se cierra y se da a conocer el ganador de la misma.

Subasta Céntimo a Céntimo:

Esta nueva variante de subastas fue inventada en Finlandia en 2008 y consiste en subir el precio del producto en un céntimo con cada puja realizada. Cada producto tiene un reloj, y la subasta sólo termina cuando finaliza la cuenta atrás y por tanto, cuando ninguna otra persona haya pujado por el producto durante el período marcado en su reloj. La última persona en pujar gana el producto por el importe que lo acompaña al finalizar la subasta.

Subasta y concurso:

La subasta versara sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquel, ofrece el precio más bajo.

En el Concurso, la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin prejuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

http://es.wikipedia.org/wiki/Subasta

Adicionalmente, el fallo, sin una argumentación que lo sustente, se aparta del criterio de la Procuraduría General de la Nación, que prohíja una interpretación acorde con la carta de 1991, del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y por tanto no excluye la posibilidad de que la adjudicación se realice cuando existiendo varios interesados solamente se concrete un único proponente.

Señaló el Ministerio público que una interpretación contraria vulneraría los principios constitucionales de la libre competencia a la luz de los cuales deben interpretarse las normas que de alguna manera afectan dicho ámbito.

En efecto, la Procuraduría General de la Nación, en el alegato de conclusión en el proceso de la referencia, señala que *"una interpretación correcta del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, implica inferir la existencia de una regla especial para los casos en los que existe pluralidad de* ***interesados*** *en la asignación del espectro, más no excluye la posibilidad de que tal adjudicación se realice cuando de los múltiples interesados solamente se concrete un único proponente"*.

Añadió el Ministerio Público que:

> *Una lectura sistemática de los artículos 72 de la ley 1341 de 2009 y 48 de la Ley 182 de 1995 permite afirmar que, para efectos de la adjudicación del espectro radioeléctrico, en los eventos en los que existan* ***varios interesados inscritos en el RUO*** *será obligación de la Comisión Nacional de Televisión seleccionar el eventual concesionario "aplicando criterios de selección objetiva, entre ellos la subasta". En el marco regulatorio antes referido, la* ***pluralidad de interesados*** *en una licitación pública de este tipo, y por ende el universo dentro del cual se podría realizar la selección de la oferta más conveniente, está circunscrito de manera exclusiva a quienes se encuentren en esa determinada condición jurídica.*
> *(…)*
> *En el proceso de contratación No 002 de 2010 el mecanismo de la subasta opera para que los oferentes definan el componente económico de su oferta, pero no es el procedimiento de selección, pues el procedimiento para la escogencia del contratista es el proceso licitatorio.*
>
> *(…)*

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

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

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

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

(…)

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

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

(…)

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

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

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

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

Consecuente con lo anterior, toda decisión de la autoridad que regule y vigile el mercado de la televisión abierta debe orientarse a facilitar la participación de cualquier aspirante que demuestre tener la cualidad necesaria para ser inscrito en el RUO; y, una vez aceptado como posible oferente, dada sus

calidades reconocidas para ello, se le debe permitir una participación eficaz en el proceso de adjudicación de uno o nuevos canales de televisión comercial abierta nacional.

Merece la pena mencionar que, siendo un mercado de interés general, es decir, eminentemente público y de vocación al bien común, las dos barreras artificiales de acceso al mercado relevante son instrumentos del poder público administrativo para garantizar recursos para la televisión pública, la viabilidad de la industria de la televisión representada por los operadores privados y el derecho del consumidor a escoger entre varios competidores el producto que más eficientemente le asigne la maximización de los beneficios, en términos de variabilidad, libre escogencia, calidad e innovación.

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

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

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

Ahora bien, la cuestión es saber si, entonces sólo pervive una oferta, el mecanismo de la subasta se ha frustrado, y con ello, la explotación más eficiente del espacio electromagnético, la competencia entre operadores, menores costes de publicidad y el bienestar del consumidor.

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

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

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

(…)

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

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

(…)

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

agentes económicos habilitados por el RUO para participar en el agotamiento de la etapa licitatoria, produce la imposibilidad de aumentar el número de agentes económicos en competencia en el mercado relevante.

En concepto del Ministerio Público, las consideraciones expuestas resultan suficientes para mantener la legalidad de los actos administrativos precontractuales atacados, pues las condiciones establecidas por la Comisión Nacional de Televisión tanto en el acto de apertura, como en el numeral 4.11 del pliego de condiciones de la licitación pública No 002 de 2010, resultan en todo ajustadas a la normatividad que rige este tipo de procesos, en especial a lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 y demás normas del Estatuto de Contratación Pública.

Tal como de manera lúcida se pronunció la Procuraduría General de la Nación en este caso, es evidente que el fallo objeto de este salvamento no solamente se funda en una interpretación contraria a la Constitución Política, sino que es ajeno al interés general y al bien común que se hubiesen visto beneficiados si la interpretación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, hubiese estado ajustado a derecho.

También se desconoció, en la argumentación que se controvierte, que la Ley 1341 de 2009 señala como uno de sus principios el de la "promoción de la inversión", según el cual, *"todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*[196]*"*. Allí se evidencia que esta preceptiva no implica que la igualdad de oportunidades se refiera a la necesidad inexorable de una pluralidad de oferentes para acceder al uso del espectro electromagnético.

En este orden y siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional arriba citada, se colige que la igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro electromagnético, implica que se otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una aspiración en tal sentido y cumplan las exigencias fijadas por la administración, de manera que todos los **interesados** puedan presentarse como oferentes, sin que ello signifique que tengan que

[196] Artículo 2º numeral 5.

hacerlo, pues de ser así se vulneraría el principio de autonomía de la voluntad; y además, tal pretensión se halla fuera del control del Estado.

Por otro lado, la Sala entiende el alcance del numeral 4.11 del pliego de condiciones, afirmando que *"…la decisión de la CNTV al estructurar los pliegos, no fue otra que la de concebir un proceso de licitación en la modalidad de subasta, la del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, con la presencia de un único proponente habilitado, y no a partir de la competencia natural entre un número plural de actores del mercado* ***interesados*** *en la prestación del servicio de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional".*

Es palmario que de la literalidad de la norma demandada no se deriva que la intención de la CNTV hubiere sido la de estructurar una subasta con un único proponente, pues lo que allí claramente se expone es una estrategia a llevar a cabo para "*el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado",* situación que es perfectamente previsible y susceptible de ser contemplada en los Pliegos, a fin de no sacrificar el proceso licitatorio y propender por el logro de sus fines.

El fallo del que discrepamos, hace énfasis en el argumento según el cual el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones es violatorio del principio de libre competencia de que trata el artículo 2º de la Ley 1341 de 2009. Al efecto, alude a la importancia de evaluar la transgresión normativa del acto acusado frente al artículo 72 de dicha ley, a la luz de sus principios orientadores, concluyendo que aquel es vulnerado habida cuenta de la imperiosidad de contar con pluralidad de ofertas para garantizar su respeto.

Pues bien, nos hemos referido a que el principio de libre competencia, se garantiza siempre que la correspondiente convocatoria observe procedimientos publicitarios suficientemente amplios de forma tal que, en efecto, concurran todos

los oferentes que pretendan participar en el proceso, en igualdad de oportunidades. No obstante, la objetividad en la adjudicación del contrato no depende de la existencia de varios oferentes sino de que aquel, cuya propuesta fue presentada, así se trate de una sola, cumpla con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones.

De ahí que el Pliego de Condiciones, al resultar fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, deba determinar, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato[197].

En este orden de ideas, el acto acusado no violó el principio de libre competencia a que se refiere la Ley 1341 de 2009 en su artículo 2º, por cuanto, por un lado, la libre concurrencia fue garantizada mediante la publicación de los respectivos pliegos, de forma tal que, en efecto, se presentaron en calidad de interesados tres grupos económicos que conocieron y evaluaron las condiciones de acceso al uso y explotación del tercer canal objeto del contrato. Situación diferente es que uno solo de ellos hubiere decidido presentar una oferta, lo cual, en los términos de la normativa actual en materia de contratación administrativa, no es óbice para que la entidad evalúe si tal propuesta cumple objetivamente con los requisitos establecidos en el pliego, para efectos de que decida si la misma está llamada a garantizar el cumplimiento del interés general materia del contrato y proceda a su adjudicación.

Recalcamos que no obedece a razonabilidad jurídica alguna el fallo que cuestionamos, al indicar que "… *el artículo 72 de la ley 1341 de 2009, constituye un claro e inobjetable instrumento para hacer viable la libre y leal competencia a*

[197] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

que se refieren los artículos 88 y 333 constitucionales, en los términos y condiciones de los artículos 2, numeral 2 y 7 de la misma ley", porque esta norma, en estricto sentido, no desarrolla ni es reflejo del principio de la libre competencia, como aduce la Sala, sino que simplemente insta a la Entidad a verificar si existen varios interesados en el proceso, y le da pautas para que, en caso que ellos se presenten, observe las reglas allí previstas para obtener mayores recursos con destino al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, finalidad que por otra parte, no es la única que puede tener en mente el Estado al ofertar un bien escaso como es el espectro electromagnético. De este modo, mal podría inferirse que esa regla del artículo 72 está llamada a desarrollar el principio de libre concurrencia y/o competencia, cuando claramente sus indicaciones van orientadas a otro propósito diferente cual es el que se observe un sistema tendiente a maximizar la recaudación en el respectivo proceso licitatorio, sin que ello implique que se pueda entender en contra de los principios de libre competencia, pluralidad y derecho a la información que deben permear la actuación del legislador y de la administración.

El principio de libre competencia se halla normativamente dispuesto, para efectos de la contratación pública, en las normas pertinentes de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto 2474 de 1998, y en la misma ley 1341 de 2009 en su artículo 2º, entre otras, pero no en una disposición que da una instrucción primordialmente recaudatoria. Se reitera, la igualdad de oportunidades, libre competencia y concurrencia en condiciones de identidad para los potenciales interesados fue palmariamente observada por la CNTV al divulgar el Pliego de Condiciones, haciéndolo suficientemente público como para garantizar el libre acceso a la licitación en circunstancias de igualdad. Menos aún es de recibo el que se estime que el acto acusado represente la potencialidad de otorgar un privilegio indebido a uno solo de los interesados, puesto que todos hubieran

podido presentar su oferta en caso tal que al evaluar las condiciones del pliego, determinaren que estaban en posibilidad de hacerlo.

Ahora, la apreciación desdibujada de lo que debe ser la libre competencia frente al uso y explotación del espectro electromagnético y radioeléctrico, afecta enormemente ese mismo derecho frente al único oferente que sí está en posibilidad de presentar una oferta según los términos divulgados en el pliego de condiciones. Ello, en la medida en que si un proponente, objetivamente, está en facultad de ofrecer el bien o servicio requerido por la entidad, no podrá hacerlo porque los otros interesados o potenciales proponentes desisten de presentar la oferta, haciendo nugatoria a la administración y a la colectividad misma la posibilidad de disfrutar del bien o servicio objeto del contrato, y limitando así el mercado en su propio beneficio.

Nótese cómo se traslada al ámbito del control de los demás interesados o potenciales oferentes el acceso al contrato estatal, pues basta con que desistan de presentar su oferta para que el único oferente y la administración queden imposibilitados para el efecto.

Es de anotar que las conductas contrarias a la competencia pueden derivarse de actos sutiles que al observador desprevenido pueden parecer inanes, como pueden ser, por ejemplo, la contratación de un mismo abogado dentro del proceso licitatorio o el retiro de ofertas en el mismo. Incluso, en la Guía OCDE[198] para combatir acuerdos anticoncurrenciales entre oferentes en licitaciones públicas, se advierte a las autoridades sobre conductas que pueden implicar una actividad anticoncurrencial como *"la supresión o retiro de posturas"*.

[198]Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de las Naciones Unidas.www.oecd.org.

Así las cosas, se observa que la defensa en dirección errónea del principio de la libre competencia en el caso sub examine, sacrifica el cumplimiento de los fines propuestos con el proceso licitatorio, que para el presente caso, se trata de valores sociales asociados a la mayor cobertura televisiva, promoción informativa, desarrollo cultural y educativo, pluralismo entre otros. En últimas, se desconoce el interés general so pretexto de defender efectos no previstos en una norma cuyo entendimiento por parte de la Sala es de orden más recaudatorio que garantista de derechos a la libre competencia y concurrencia.

Tampoco se alude en el fallo a ningún otro de los tantos principios que consagra el referido artículo 2º de la Ley 1341 de 2009, como por ejemplo, el que trata de la *prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, el cual pasa completamente inadvertido. En cambio, en defensa del principio de la concurrencia y de la libre competencia, bajo el supuesto de que la adjudicación debe realizarse en la modalidad de subasta, se trae a colación el numeral 7 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, el cual se refiere al *derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC,* los cuales justamente desconoce la interpretación adoptada en la sentencia que se controvierte. Es evidente además, que este último principio no se refiere a la necesidad de realizar una subasta en observancia de la aludida libre competencia, lo que lleva a percibir que el fallo no consulta normas jurídicas pertinentes al asunto, sino que hace citas normativas indistintas sin un análisis concienzudo sobre su real aplicabilidad y las consecuencias de su decisión, totalmente contradictoria al respeto a los referenciados principios.

De otro lado, no es aceptable que en el fallo se considere que la subasta, como método de adjudicación derivado de la selección objetiva, no prospere en el caso del único proponente. La presencia de varios oferentes ha sido suficientemente decantada a lo largo de la evolución legislativa para finalmente excluirla como

presupuesto de adjudicación, cualquiera que sea el método que se adopte para el efecto. Es pertinente citar la Sentencia C- 573 de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdova Triviño, en donde se puntualiza que el remate se declara desierto frente a la inexistencia de postores, pero no al presentarse uno solo. La Sentencia se apoya en la normativa del Código de Procedimiento Civil, en su artículo 533, al señalar: *"El remate será declarado desierto cuando no hubieren postores, es decir, no se presentaren personas interesadas en adquirir el bien. La declaratoria de desierto del remate es precisamente la consecuencia de la ausencia de postores…".*

Asimismo, en referencia a la normativa sobre contratación pública, el artículo 22 del Decreto 2474 de 2008[199], atinente a la subasta inversa, tampoco refiere a que el mismo deba ser declarado desierto en caso de proponente único, previendo una regulación según la cual el contrato puede ser adjudicado al proponente único siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones. Todo lo anotado, sin duda, hace concluir que el oferente único tiene plena cabida cuando el método de adjudicación es la subasta, contrario a lo que señala el fallo a ese respecto.

La adjudicación que maximiza el retorno del subastador, a partir de un precio base donde de suyo ya está incluida la ganancia de éste, permite asignar el objeto de la

---

[199] *"Verificación de los requisitos habilitantes. Para que una subasta pueda llevarse a cabo en los términos de este decreto deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos (2) proponentes.*
El resultado de la verificación de los requisitos habilitantes se publicará de conformidad con lo señalado en el artículo 8° del presente decreto. En dicho informe se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo para que subsanen la ausencia de requisitos o la falta de documentos habilitantes, so pena del rechazo definitivo de sus propuestas. Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones.
Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto.
Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones."(Subrayado fuera de texto).

subasta al jugador que más lo valora. En el presente caso, ya el solo pago del precio base implicaba ganancia para el Estado, y el incremento del 10% al único postor la maximizaba, por lo cual la consideración de la existencia de un único oferente no contraviene el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009.

En concordancia con lo señalado, el fallo desconoce abiertamente el precedente jurisprudencial de esta Corporación en materia de proponente único, asunto sobre el cual me remito a lo expuesto en el salvamento de voto sobre la suspensión provisional de los efectos del numeral 4.11 del Pliego de Condiciones, en el que se citaron varios textos jurisprudenciales donde se admite la posibilidad de contratar con el único oferente que cumpla con los requisitos del pliego de condiciones, como presupuesto de selección objetiva[200].

El criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, adoptado en diversos fallos que fueron citados en dicha oportunidad, se ajusta a las disposiciones legales

---

[200]En providencia del 29 de mayo de 2003 Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 14.945 esta Corporación manifestó:
"Adjudicar el contrato a la propuesta que entre las que se presentaron al proceso de selección era la única que cumplió con las exigencias del pliego de condiciones, está permitido en la ley, en tanto el deber de selección objetiva no es sinónimo de pluralidad de ofertas, sino de escogencia de una buena oferta…" (Subrayado fuera de texto).
En el mismo sentido se pronunció el 2 de junio de 2004. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque al señalar:
"Para la sala es claro que el numeral 18 del art. 25 de la ley 80 de 1993, pretende poner término a la declaración de desierta de la licitación por falta de concurrencia de oferentes. Una interpretación sistemática de esa norma con las demás de la ley que se refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierta de la licitación. En este caso puede la administración adjudicar el contrato al oferente único, siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias, ya que la objetividad no la determina, por si sola, la pluralidad de ofertas".(Subrayado fuera de texto).
Posteriormente, el 3 de diciembre de 2007, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, a propósito de la demanda de nulidad contra el Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, de modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la ley 527 de 1999, se precisó:
"…Por ello, la publicidad de la convocatoria del proceso de selección es una manifestación fundamental del principio de libre concurrencia, por cuanto, al permitir el conocimiento del llamado a ofertar a los interesados y de sus bases, promueve y facilita la participación en el mismo. Empero, si bien este principio tiene como fin la participación en los procesos de contratación del Estado del mayor número de oferentes, para que la Administración cuente con una amplia y variada gama de propuestas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones ofrezca, no se menoscaba si luego de haberse cumplido estrictamente con el procedimiento de selección no se llega a contar con una pluralidad de propuestas, pues, tal y como lo afirmó la jurisprudencia, en vigencia de la Ley 80 de 1993 bien puede contratarse con el único proponente que se presente al respectivo proceso, siempre que su oferta se ajuste a los criterios de selección objetiva y a los requisitos y condiciones exigidos en el pliego de condiciones. (Subrayado fuera de texto).
(…)

nacionales en materia contractual para el uso y explotación del espectro electromagnético, pues el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se titula *"Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados",* es decir, no es una norma que excluya decisiones respecto de un proponente único, simplemente establece una regla aplicable sólo en caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, mas no de proponentes, con el objetivo específico arriba expuesto de manera reiterada.

Se insiste que la Ley 1341 de 2009 nada dispone en el evento que en el proceso de licitación solo resulte finalmente un proponente único, y por tanto, le son aplicables las normas de contratación administrativa, que para el caso es el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, norma especial frente a situaciones en que sólo se haya presentado una propuesta. Nótese que la CNTV actuó con diligencia al prever dicha eventualidad y posibilitar el que se adjudique el contrato a ese único proponente cuya oferta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones.

Lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, al señalar que *"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva."* y el numeral 2 del mismo artículo señala que "*La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos… La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los*

organismos consultores o asesores designados para ello". Se reitera que esta normativa ha sido ampliamente acatada por la Jurisprudencia citada de esta Corporación.

También se encuentra que el numeral demandado armoniza con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que al desarrollar el principio de economía, señala en el numeral 18: *"La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión".*

En lo aquí expresado, se pone de relieve que la Sala desconoció la necesidad de analizar la norma enjuiciada a la luz del contexto normativo atinente a la contratación pública, el cual, para el caso del uso y explotación del espacio radioeléctrico y electromagnético, tan solo establecía un procedimiento especial frente a la probabilidad de que se presentaran varios interesados con antelación a la apertura del proceso, pluralidad que debía constatar pero sin imponérsele la obligación de garantizar su existencia, como supuesto de procedibilidad del proceso y mucho menos de adjudicación.

No sobra advertir que la Ley 80 de 1993, suprimió el requisito contenido en la pasada Ley 222 de 1983, que exigía la concurrencia de mínimo dos ofertas para que el proceso licitatorio no fuera declarado desierto. En efecto, la exposición de motivos del proyecto de ley 149 de 1992, que corresponde a la actual Ley 80 de 1993, sustentó la eliminación de ese requisito al señalar que "…*resultaba carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante ésta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de*

esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio o de concurso que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas…"

La eliminación del requisito de pluralidad de ofertas como presupuesto de adjudicación, fue igualmente, evaluada y compartida por esta Corporación cuando en Sentencia de la Sección Tercera de 24 de junio de 2004, Exp. No. 15235, M.P. Ricardo Hoyos Duque, se trató el tema relativo a una licitación pública que fue declarada desierta, por cuanto a la licitación concurrió un solo oferente. Contrario al caso bajo examen, en esta licitación pública los Pliegos establecían expresamente que ante la existencia de una sola propuesta, la misma se declararía desierta, debiendo abrir nuevamente el respectivo proceso.

Es de la mayor relevancia tener en cuenta que la Sala, en ese entonces, tuvo presente la llamada "regla de la adjudicación compulsoria", que obliga a la administración pública a escoger al contratista que haya presentado la propuesta más favorable, de forma tal que la excepcionalidad ha de ser la declaratoria desierta. Al respecto, y frente al proponente único manifestó:

> *"Ante la excepcionalidad de la declaratoria de desierta de la licitación prevista por la ley, que establece el ordinal 18 del art. 25, puede resultar favorable para la administración el ofrecimiento único, que a pesar de no compararse con otros, se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los "precios y condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello" (inciso cuarto del art. 29)".*

Seguidamente manifiesta la misma Sentencia que *"para la sala es claro que el numeral 18 del art. 25 de la ley 80 de 1993, pretende poner término a la declaración de desierta de la licitación por falta de concurrencia de oferentes. Una interpretación sistemática de esa norma con las demás de la ley que se refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una*

sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierta de la licitación". (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, partiendo del supuesto de que la excepcionalidad debe ser la declaratoria desierta y en atención a que hoy no es de recibo esgrimir como causal para ello la existencia de un solo oferente, la sentencia frente a la cual manifestamos nuestro desacuerdo se aparta del criterio jurisprudencial, recogido en esta Corporación, según el cual se admite la existencia de una sola oferta en el proceso, y que esta sea válidamente evaluada bajo criterios objetivos frente a las exigencias del pliego de condiciones, puesto que, como allí mismo se señala, *la objetividad no la determina por sí sola la pluralidad de ofertas.*

La sentencia de la que disentimos, infiere que se compromete la selección objetiva y el principio de libre concurrencia, al no contar con varias ofertas que faciliten la puja al alza y/o comparación entre estas, pero nótese que el respeto a esos principios ya no depende de la existencia de varios oferentes, sino de que se observen criterios de selección objetiva, que en la sentencia que se comenta, fueron determinados así:

> *"…La selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. La metodología es variable por cuanto así como puede realizarse una operación matemática, puede ser un simple cotejo o una ponderación precisa, pero cualquiera sea la que se defina, la selección del contratista, en principio, está diseñada para efectuarse ante una pluralidad de ofrecimientos. No obstante, resulta obvio entender que la comparación o cotejo de ofertas es procedente efectuarla cuando existe pluralidad de ofertas, sin perjuicio de que, en el caso de un proponente único, también pueda hacerse con los precios del mercado. La actual ley de contratación pretende que la selección del contratista se realice con objetividad. Para ello la administración debe realizar una evaluación de los diferentes ofrecimientos, lo cual se cumple comparándolos conforme a las reglas y parámetros previamente establecidos en las condiciones de la contratación. Pero ésta que es la regla general, tiene una excepción, y es cuando al llamado público concurre un sólo proponente, caso en el cual no le*

está permitido a la entidad contratante invocar este motivo como suficiente para declarar desierto el proceso licitatorio.(Subrayado fuera de texto).

La posición jurisprudencial así determinada, se cimienta en el tránsito legislativo que tuvo lugar entre el Decreto Ley 222 de 1983, y la Ley 80 de 1993, en el que es evidente la eliminación del requisito de la pluralidad de ofertas para que el proceso licitatorio sea viable, de forma tal que ante esa circunstancia no proceda la declaratoria desierta. Ello fue debidamente justificado en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, arriba transcrita en su aparte pertinente.

Ahora, cabe resaltar que la decisión adoptada por la administración, en la que declara desierta la licitación con fundamento en la presentación de una sola oferta, le generó la declaratoria de responsabilidad al Estado, por haber transgredido el derecho de ese único proponente a que su oferta fuera tenida en cuenta. En su aparte pertinente el fallo citado señaló:

"La jurisprudencia de la Corporación ha sido insistente en señalar que procede la declaratoria de responsabilidad del Estado cuando la adjudicación de un contrato no recae en quien formula la mejor propuesta, siempre que este proponente demuestre los consecuentes perjuicios.
(…)
Debe tenerse en cuenta que una vez cumplido el trámite del cierre de la licitación 01 de 1994, la entidad demandada al advertir que sólo se había presentado una propuesta, procedió en forma inmediata a declarar desierta la licitación y a devolver, sin abrir, la propuesta al único proponente que se presentó; o sea, que la entidad licitante no evaluó la propuesta que se presentó en esa licitación. En estas condiciones considera la Sala que el daño demostrado consistió en la privación injusta del derecho de participar en las distintas etapas del procedimiento licitatorio, que el oferente adquirió cuando compró el pliego, preparó su propuesta y la presentó dentro del plazo dispuesto para el efecto. Por lo anterior resulta improcedente considerar que el perjuicio consistió en la pérdida de la utilidad que el demandante proyectó obtener con la celebración y ejecución del contrato, que se le reconoce jurisprudencialmente al sujeto privado injustamente de la adjudicación de un contrato, porque en este evento, se reitera, la sociedad actora fue privada del derecho de participar y ser evaluada dentro del proceso de licitación pública al que accedió válidamente. ***Y es precisamente la privación injusta del derecho del proponente a que se le evaluara su propuesta, el daño que la Sala tendrá en cuenta para disponer la consecuente indemnización****".*(Subrayas y negrilla fuera de texto).

Nótese que la Jurisprudencia de esta Corporación, patrocinó el deber de valorar la propuesta del oferente único como un derecho susceptible de indemnización, en caso de violación. Ello hace colegir que lo señalado en el fallo del que nos apartamos, se perfila como la vulneración a un derecho que previamente el Consejo de Estado ha ordenado indemnizar, cual es, se reitera, el derecho a que la propuesta única presentada en un proceso licitatorio sea debidamente evaluada.

Por su parte, como parámetro indemnizatorio la Sala adujo, frente al caso específico fallado en esa oportunidad, que aquel estaba conformado por la garantía de seriedad de la oferta:

> *El sujeto que compra el pliego tiene a su favor la facultad de participar en el procedimiento de licitación pública, de que su propuesta sea evaluada, calificada y ponderada por la entidad y además cuenta con el derecho a ser adjudicatario del contrato cuando demuestre que la suya era la mejor propuesta. De conformidad con lo anterior, los sujetos vinculados por un procedimiento de licitación pública deben acatar las obligaciones y deberes que surgen a su cargo y reparar los daños que causen al otro con su incumplimiento. En desarrollo de los anteriores postulados la legislación prevé la garantía de seriedad de la oferta con el objeto de que el participante garantice el cumplimiento de las obligaciones que asume al participar en el procedimiento de selección de contratista, que se hará efectiva cuando se produzca el incumplimiento de alguno de sus deberes y obligaciones. En estas condiciones resulta procedente afirmar que el valor definido en la póliza de seriedad de la oferta sirve de parámetro eficiente para establecer el monto del perjuicio causado por el sujeto privado injustamente del derecho de participar y ser evaluado dentro de un procedimiento de licitación pública. Dicho en otras palabras, así como la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad o razón de ser afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado legalmente o en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del contratista y esta garantía se hace efectiva en caso de incumplimiento del participante, esta misma razón debe tenerse en cuenta y aplicarse cuando sea la entidad estatal licitante, como en el presente caso, la que incumple y priva injustamente al proponente del derecho que le asiste de que su oferta sea valorada, ya que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.*(Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, se observa que la sentencia, al emitirse en el sentido del que disentimos, se remonta a criterios superados tiempo atrás en la contratación pública del Estado, con las consecuencias que se han advertido en el presente

salvamento. No resulta, entonces, coherente que se adopte ahora una tesis jurisprudencial, cual es la posibilidad de desechar la oferta del proponente único, y menos aún, apelando a argumentos tan cuestionables, según se ha esbozado.

Es pertinente recordar que son varios los ejemplos en Colombia en que se han adjudicado importantes licitaciones al proponente único habilitado, como fue la venta de la participación de la nación en las electrificadoras, la cual se llevó a cabo mediante el proceso de la ley 226 de 1995. También se destaca el caso de City TV, que es representativo por tratarse de una licitación referente a la concesión para la operación y explotación de una estación local con ánimo de lucro para Bogotá. Asimismo, la licitación para los servicios de comunicación personal PCS, en la que la concesión recaía sobre el espectro radioeléctrico, fue adjudicada al único proponente, Colombia Móvil S.A, en enero de 2003. Ahora, también vale la pena referirse a la compra del Megabanco por parte del Grupo Aval, pues allí, aunque se trató de una subasta, de los varios interesados, tan sólo acudieron dos postores sin que se hubiere presentado puja. En fin, son numerosos los ejemplos en este sentido, incluso, en el sector de las telecomunicaciones, lo que permite revalidar que de tiempo atrás no es la presentación de un solo oferente pretexto aceptable para obstaculizar el proceso licitatorio y de paso limitar el desarrollo eficaz de la competencia en el mercado oligopolístico de la televisión abierta en Colombia.

12.3. POSIBLES IMPLICACIONES INTERNACIONALES

Por otro lado, es importante resaltar que la decisión prevista en el fallo no consulta las tendencias internacionales en materia de contratación pública, y menos, si se toman como referencia los capítulos sobre compras públicas previstos en diversos

acuerdos comerciales preferenciales[201], de los que Colombia es parte, pues ellos no dan cuenta de que un proceso licitatorio pueda válidamente resultar fallido porque de la convocatoria resulte un solo oferente. Nótese que una decisión semejante del Estado Colombiano, cuando la regulación internacional, y peor aún, la interna, favorecen la adjudicación al oferente único que cuente con los requisitos objetivos para acceder al contrato, puede generar que el proponente, en tratándose de un inversionista o empresa extranjera, acuda a mecanismos de protección internacional, como por ejemplo, la protección diplomática, o a los mecanismos de solución de controversias previstos en tratados internacionales bajo los que resulte viable ampararse jurídicamente, para que el país responda por la inobservancia de obligaciones contraídas en el plano internacional, y de cuya violación pueda derivarse un perjuicio.

Frente a lo anterior, cabe sugerir que las normas jurídicas de un país, e incluso su jurisprudencia, tienden a trascender, y en esa medida, a afectar cada vez más las relaciones obligacionales del Estado en el ámbito internacional, por cuanto la atracción de capitales foráneos y los deberes de liberalización del comercio, entre

---

[201]Comúnmente conocidos como Tratados de Libre Comercio TLC.
En efecto, se cuenta con Tratados de esta naturaleza suscritos por Colombia y se destaca el que se suscribió con la Unión Europea, que en su artículo 175 trata sobre los principios generales y contempla la cláusula de trato nacional; el artículo 185, regula el tema de la contratación directa y el tratamiento de ofertas y la adjudicación de contratos.
El TLC suscrito con EE.UU, también trae cláusulas sobre trato nacional y no discriminación. Se destaca que en su artículo 9.3. trata lo referente a la publicación de las medidas para la contratación pública y entre esas medidas se hallan las sentencias que sobre el tema sean emitidas. El artículo 9.8., sobre contratación directa, señala que esta no debe emplearse para proteger a proveedores domésticos y uno de los casos en que procede es cuando no se presenta ninguna oferta. Por su parte, el artículo 9 numeral 4º, prescribe reglas sobre la adjudicación de contratos e indica que se adjudica al que satisface las condiciones de participación.
Estos dos acuerdos, aunque están próximos a entrar en vigencia, vislumbran la posición normativa frente al oferente único.
Se destaca que Colombia, ha asumido ciertas obligaciones multilaterales en el marco del Acuerdo sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio OMC que dispone cláusulas sobre trato nacional y no discriminación, además de exigir la publicación de las medidas que afecten el comercio. El Acuerdo aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios; y, aunque se trata de un acuerdo de alcance general, también existe un Acuerdo Multilateral en el Marco de la OMC sobre Contratación Pública, al cual no ha adherido Colombia, pero actúa en calidad de observador en las negociaciones.
También es pertinente traer a colación el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Colombia y el Reino de España de 2005 que contempla cláusulas de tratamiento nacional y no discriminación, así como la posibilidad de que la empresa extranjera afectada invoque el Acuerdo, cuando quiera que una medida violatoria de estos principios le hubiere generado perjuicios.

otros, previstos en acuerdos internacionales, refieren, por lo general, a esas medidas o regulaciones que adoptadas internamente, puedan implicar un trato ilegal o discriminatorio en perjuicio de quien se ha de amparar en ese tipo de acuerdos y en cuya virtud pretende ingresar al mercado colombiano.

Así las cosas, no sería extraño que ante un fallo del Consejo de Estado, de estirpe eminentemente localista, y proferido en desconocimiento de la normativa sobre proponente único y de sus propios antecedentes jurisprudenciales, se configure el llamado "ilícito internacional", susceptible de ser enjuiciado mediante el uso de los mecanismos existentes para el efecto, y a los que con mayor razón se ha de acudir en la medida que se hubiere generado un detrimento a quien invirtió unos recursos importantes para presentar una oferta que, reuniendo los requisitos, no le fue considerada; y, habida cuenta de que con la decisión jurisprudencial se llegare a considerar que hubo transgresión a una disposición o principio obligatorio, como por ejemplo, el de trato nacional y/o no discriminación, previsto en un acuerdo internacional.

Ahora bien, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, se ha referido en varias de sus sesiones, a la responsabilidad de los estados derivada de la comisión de un hecho ilícito internacional. En efecto, el texto adoptado en su quincuagésimo tercer período de sesiones, en 2001, identifica que el mismo se presenta cuando hay una acción u omisión que: i) es atribuible al Estado según el derecho internacional y ii) constituye una obligación internacional del Estado[202].

Cabe traer a colación algunos antecedentes de las sesiones de la Comisión en las que se trató sobre las razones por las que se configuró el ilícito internacional con los elementos señalados, pues aquellos sirven de indicadores a la hora de evaluar

[202] Artículo 2º.

si este tiene lugar. Así, la Comisión, desde su vigésimo octavo período de sesiones, en 1947, expuso que prefería que se hablara de la violación de una obligación internacional y no de la violación de una norma del derecho internacional *"…porque la obligación no dimanaba necesariamente ni en todos los casos de una regla en el sentido propio de la palabra, pues podía muy bien originarse en un acto jurídico o en la decisión de una instancia judicial o arbitral…[203]"* (Subrayado fuera de texto).

Otra anotación pertinente se refiere al aparte de esa misma Sesión, en que se señala que *"la comisión reconoció que, si se admitía que el derecho internacional general aceptaba la existencia de una norma que limitaba el ejercicio de los derechos y competencias del Estado y le prohibía ejercerlos abusivamente, debía concluirse que tal ejercicio abusivo constituía también una violación de una obligación internacional a cargo de dicho Estado, la de no rebasar determinados límites en el ejercicio de su propio derecho y no ejercerlo con la única intención de perjudicar a otros o de vulnerar sus esferas de competencia"[204].*

Asimismo, la Comisión precisó que las fuentes de las obligaciones internacionales residen en las convenciones, la costumbre y los principios generales del derecho[205].

Por su parte, el texto adoptado en 2001, precisa que el hecho ilícito se presenta con independencia de que el derecho interno lo califique o no como tal; y, se reitera, que en este se puede incurrir con ocasión de la conducta de cualquier órgano del Estado, sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales u otra.[206]

---

[203] Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, Volumen II (Primera Parte), p, 5. www.un.org.
[204] Ibídem.
[205] Ibídem.
[206] Artículo, numeral 1º.

No sobra advertir, que la misma Comisión, desde la sesión de 1976, reconoció que los Estados pueden prever en el texto de un tratado particular celebrado entre ellos, un régimen especial de responsabilidad por la violación de obligaciones específicamente previstas por dicho tratado, caso en el cual, se aplicará lo allí regulado.

De lo anterior, debe destacarse que el hecho ilícito internacional procede frente a la violación de cualquier obligación internacional, la cual no ha de corresponder, necesariamente, a una regla o norma incluida en forma expresa en un tratado, sino que puede referirse a un principio general o, incluso, a la costumbre. Del mismo modo, se reitera la evidencia de que tanto las regulaciones como las medidas o decisiones internas provenientes de cualquier órgano, dentro del cual se halla el judicial, pueden hacer que el Estado incurra en una transgresión de este orden; y, por otro lado, la responsabilidad internacional puede generarse en la vulneración a un tratado suscrito por el País con el Estado del empresario o inversionista menoscabado en su derecho, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por este en lo que refiere a las cláusulas de resolución de conflictos. Se trata, entonces, de dos ámbitos que permiten evaluar la aludida responsabilidad y de cuya conclusión se podrá establecer el mecanismo de protección internacional más adecuado.

Es pertinente, ahora, referirse a esos mecanismos de protección internacional anunciados y a los cuales podría acudir un oferente extranjero que resultare perjudicado, con ocasión del fallo cuestionado, según se ha señalado para el presente caso. Uno de ellos, es el de la protección diplomática, reconocido como un mecanismo que crea, a partir de un daño sufrido en el marco interno, un litigio internacional[207]. El texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las

[207] Velilla Marco Antonio, Estructura Básica del Derecho de los Negocios Internacionales.

Naciones Unidas, en su quincuagésimo octavo periodo de sesiones celebrado en 2006, la define como:

> *La invocación por un Estado, a través de la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el daño causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona física o jurídica que sea nacional del primer Estado, con miras a la aplicación de dicha responsabilidad*[208]. (Subrayado fuera de texto).

Como condiciones para que pueda admitirse la protección diplomática se han identificado las siguientes: i) Debe existir un nexo de vinculación entre el sujeto que obra y el particular que este entiende proteger. En relación a los Estados, la condición normalmente necesaria es la existencia de un nexo de nacionalidad, por lo que todo Estado puede ejercer, en principio, en consideración a todas las personas que tienen su nacionalidad, este mecanismo[209]. Se predica también respecto de las personas morales y de las sociedades, en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[210], según la cual, el derecho internacional reconoce derechos diferentes a la persona moral y a los accionistas, personas físicas cuyos intereses financieros están vinculados a los de la sociedad[211]. El derecho internacional exige, además, que la nacionalidad haya sido continua, entre el momento del daño y el momento en el cual se plantea la acción. En otras palabras, para que la acción sea admisible, es necesario que el Estado obre por cuenta de un particular que tenía su nacionalidad al momento del

---

[208] Artículo 1º.

[209] A las organizaciones internacionales se les ha permitido que ejerzan el beneficio de la protección diplomática en favor de sus agentes. El nexo de vinculación no es entonces el vínculo de nacionalidad, sino el ejercicio de una función por cuenta de la Organización. La Corte Internacional de Justicia admitió que la ONU podía ejercer una acción con ocasión del asesinato de sus agentes (Conde Bernardotte, mediador en Palestina en 1947). Este tipo de acción se denomina protección funcional porque se fundamenta en la necesidad que hay para una organización de proteger la independencia de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, asegurándoles ella misma protección que puede reemplazar la de sus Estados. (Opinión del 11 de abril de 1949)

[210] A propósito del Negocio Barcelona Traction. http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf

[211] En este negocio, una sociedad de nacionalidad canadiense, cuyos capitales pertenecían en su mayoría a accionistas belgas, fue víctima de hechos imputables al Estado español. El Estado canadiense rechazó el representar a dicha sociedad (rechazo ejercer la protección diplomática). Entonces Bélgica decidió ejercer dicha protección por cuenta de los accionistas belgas. En este caso la Corte declaro la acción inadmisible, argumentando que solo la sociedad en cuanto tal podía ser protegida y que esta no podía serlo más que por el Estado del cual esta tenía la nacionalidad (Sentencia del 5 de febrero de 1970).

daño, y que la conserve al momento en que se inicia la acción. Además del nexo de vinculación, ii) se hace necesario para el ejercicio de la protección diplomática, que el particular o la persona moral hayan agotado los recursos internos[212] y, iii) que a quien solicita la protección diplomática, no sea posible imputarle una conducta que exonere total o parcialmente al Estado ante el cual se pretende efectuar la reclamación en favor del nacional[213].

Estos elementos esenciales de la protección diplomática se hallan consagrados en el texto aprobado por la Convención para el Derecho Internacional de las Naciones Unidas señalado, agregando que este mecanismo se ha estatuido, en los términos de su artículo 2º, como un derecho que ostenta el Estado del que es nacional la persona perjudicada, con miras a obtener la respectiva reparación. No obstante, es el particular el que debe elevar la correspondiente solicitud, en caso que decida ampararse en esta posibilidad.

Por su parte, es también factible que un inversionista perjudicado con una decisión o medida interna, acuda al mecanismo de solución de controversias de un acuerdo internacional vigente entre Colombia y el Estado del inversionista[214], en la medida que estime que el perjuicio se generó en la inobservancia de una norma del tratado, según se anotó. No obstante, es de aclarar que la protección diplomática y

---

[212] El particular debe haber ejercido todas las vías de derecho internas que le ofrecía el Estado al cual el daño es imputable. No obstante, el texto aprobado de la Comisión prevé algunas excepciones, de las que se destaca el que no hubiere recursos internos que provean una reparación efectiva, o cuando los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación. (Artículo 15, literal A).

[213] Se dice frecuentemente que cuando el particular ha tenido el mismo una conducta reprensible, la reclamación formulada en su beneficio por su Estado fracasa en la etapa de la admisibilidad. El examen de la jurisprudencia demuestra que de hecho la cuestión de la conducta de la víctima es examinada no en la etapa de la admisibilidad, sino en la etapa de fondo, con el objeto de determinar si la eventual falta del particular pide conducir a exoneración total o parcial del Estado.

[214] Como por ejemplo, un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones APPRI o un Tratado de Libre Comercio. El APPRI vigente con España regula un procedimiento según el cual es factible, para el inversionista, acudir como primera medida a la fase del acuerdo amistoso y si esta no es fructífera, a su elección, ante un tribunal de la parte contratante receptora de la inversión (no viable en el presente caso por cuanto se está ante una decisión judicial emitida por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo), a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho comercial internacional o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I), del cual hace parte Colombia.

la posibilidad de invocar las cláusulas que sobre solución de controversias se prevean en un tratado internacional son, en principio, excluyentes, por lo que correspondería al inversionista extranjero presuntamente lesionado en su derecho, evaluar la procedencia de uno u otro mecanismo.

Así las cosas, es de reiterar que un fallo emitido en el sentido del que disentimos puede repercutir en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, habida cuenta de las violaciones normativas y jurisprudenciales apreciadas y podrían llegar a constituir un hecho ilícito internacional; máxime, si se llegare a establecer que la sentencia pasa por alto eventuales conjuras domésticas que tienden a limitar la libre competencia[215], en menoscabo del empresario extranjero.

Fecha ut supra,

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

MARÍA ELIZABETH GARCIA GONZÁLEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CON SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

No comparto la decisión mayoritaria de anular el numeral 4.11 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 002 de 2010[216], para la concesión de la

[215] Esto, en caso que de la actuación llevada a cabo por los otros interesados en la licitación, pudiera derivarse una eventual colusión o acuerdo anticoncurrencial, lo cual habría de determinarse por la autoridad competente.
[216] Contenida en la Resolución 2010-380-000481-4 del 7 de mayo de 2010.

operación y explotación del tercer canal de televisión abierta, de operación privada y de cubrimiento nacional.

Mi desacuerdo radica en el análisis que realiza el fallo objeto de salvamento, en el acápite de *"Alcance y contenido del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 en relación con el servicio público de televisión objeto de la licitación pública"*, que corresponde a la parte esencial de la sentencia y de la que se derivó la decisión de la cual me aparto.

Para efectos de exponer los planteamientos que me separan de la decisión aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considero pertinente hacer una breve referencia que resuma los principales argumentos en que se soporta el fallo para confrontarlos con las razones que motivan el salvamento de voto.

I. Alcance específico del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009

Bajo este acápite, la decisión aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, realiza una interpretación del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, para indicar lo siguiente:

> *"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****"*[217]*.* (Subrayas fuera de texto)

A partir del anterior argumento, el fallo edifica la **obligatoriedad de la pluralidad de interesados** para abrir el proceso de selección para la asignación de bandas de frecuencia radioeléctrica en materia de televisión, como un mecanismo que garantiza: (i) la **igualdad** en el acceso al espectro electromagnético y (ii) la **maximización de recursos** para el Estado[218], aspectos que se reafirman con el proceso de selección objetiva invocado por la norma, como es la **subasta,** ligada al concepto de "competencia" y que tiene su fundamento en el principio de la "**libre competencia**"[219] consagrado en la Carta Política.

---

[217] Página 34.

[218] Concretamente para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión

[219] Arts. 88 y 333 C.P.

RAZONES PARA DISENTIR DE ESTA CONCLUSIÓN

1. **El texto del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no establece que sea obligatorio para abrir e iniciar proceso de selección la existencia de un número plural de interesados en la banda de frecuencias**

El artículo 72 de la Ley 1.341 de 2009 dispone:

> ***ARTÍCULO 72. REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS.*** *Con el fin de asegurar procesos* ***transparente****s en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes* ***reglas****:*
>
> *-* ***Previamente*** *al proceso de otorgamiento del* ***permiso de uso*** *del espectro radioeléctrico de asignación o* ***de concesión de servicios*** *que incluya una banda de frecuencias,* ***se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias*** *correspondiente.*
>
> *-* ***En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda****, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión,* ***se aplicarán procesos de selección objetiva*** *entre ellos la* ***subasta****.*
>
> *Cuando prime ~~el interés general~~, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los* ***permisos de uso*** *del espectro de manera directa[220]. (Negrilla fuera del texto).*

La norma se refiere a las reglas que deben aplicarse en los procesos de asignación del espectro con pluralidad de interesados, que son:

REGLA 1. Determinar *previamente* la existencia de un número plural de **interesados**. Si sucede tal cosa, aplica la regla dos.

REGLA 2. *Si hay un número plural* se aplicarán procesos de selección objetiva, **entre ellos,** la subasta

De la simple lectura de la norma se puede concluir que en ninguna parte se establece que no se puede iniciar un proceso de selección sin un número plural de interesados.

---

[220] Apartes tachados inexequibles y subrayados condicionalmente exequibles.

La norma dispone lo contrario, es decir, que "*en caso de que exista* un número plural de interesados" se aplicarán procesos de selección objetiva. La expresión *«en caso de que»* significa, según el DRAE, "*Si sucede tal o tal cosa*". O sea que, sin lugar a dudas, la norma dispone que se verificará si existe un número plural de interesados y que, siendo este el caso, o sea, si existe tal número plural, se aplicarán procesos de selección objetiva.

Por consiguiente, en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 se establecen dos aspectos fundamentales:

(i) La norma contempla una *eventualidad* que puede presentarse dentro del proceso de concesión y que consiste en que puede existir o no un número plural de interesados en la banda, sin que expresamente indique que "necesariamente" debe existir pluralidad de interesados o que "no se podrá" otorgar cuando sólo se presente uno.

(ii) El momento al que se refiere ese aparte de la norma, es el del *cierre de la licitación*, pues solo entonces puede conocerse cuántas personas están interesadas en la banda, y solamente *"en caso de que exista un número plural"* podrá acudirse a la subasta, entre otros procesos de selección objetiva.

Ahora bien, resulta esencial entender cuándo realmente existe *interés*. Este se manifiesta en la presentación de la propuesta, como se desprende del pliego de condiciones en su numeral 4.5. "Audiencia de Cierre de la Licitación y Apertura del Sobre No. 1":

> *"4.5. (…) En la Audiencia de cierre se procederá en primer término a declarar formalmente* ***cerrada la Licitación****, y posteriormente se dejará constancia en el acta respectiva del* ***número de Propuestas recibidas****, y se anunciará el nombre de los proponentes.".(Negrilla fuera de texto)*

Lo anterior, confirma que sólo en el momento del cierre de la licitación es cuando se comprueba si existe un número plural de interesados y serán estos lo que efectivamente presentan una propuesta para la banda que se licita.

Pero no puede afirmarse que todos los inscritos o registrados son verdaderos "interesados", porque puede ser que no estén de acuerdo con alguna de las condiciones, por ejemplo, el precio.

En suma, sólo existe pluralidad de interesados si al momento del cierre de la licitación se verifica la presencia de más de una propuesta.

Entonces, es claro que el texto del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no ofrece duda, porque contempla el caso, evento o suceso de que exista un número plural de interesados, pero en manera alguna, prohíbe abrir un proceso de selección y menos adjudicarlo.

Conclusión. El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en parte alguna indica ni de su texto puede siquiera inferirse, que no se podrá adjudicar la concesión si no se presentan dos propuestas o más, lo cual sólo puede verificarse al momento del cierre de la licitación, pues es en ese momento cuando puede establecerse cuántos proponentes están interesados en la banda que se licita, luego, en el evento que existan varios proponentes se podrá acudir a la subasta.

Resulta ilustrativo para comprender mi oposición a la interpretación que se hace en el fallo del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, como norma presuntamente violada por el pliego de condiciones, realizar la siguiente confrontación de las normas:

Numeral 4.11. del Pliego de Condiciones	**Artículo 72 de la Ley 1341 de 2009**
"4.11. Obligatoriedad de la Oferta para el Proponente Habilitado Único. *De conformidad con el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión Nacional de Televisión* ***podrá adjudicar el Contrato cuando sólo se haya presentado una Propuesta****, y ésta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el Pliego.* ***En el evento en que sólo resulte un Proponente Habilitado****, y si la Comisión Nacional de Televisión decidiera adjudicar a éste la Concesión, dicho Proponente acepta por el solo hecho de la presentación de la Propuesta, que pagará por concepto de su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido el diez por ciento (10%) del Precio Base de la Concesión. En tal evento, el Precio de la Concesión será de*	*"ARTÍCULO 72. REGLAS PARA LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE ESPECTRO CON PLURALIDAD DE INTERESADOS. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:* *Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.* ***En caso de que exista un número***

$113.749.900.000, que corresponde al Precio Base de la Concesión de $103.409.000.000 más $10.340.900.000, por concepto de la Oferta Económica para Competir y Ser Elegido.	***plural de interesados en dicha banda**, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.*

Al realizar un simple cotejo entre el pliego de condiciones y la norma superior, se advierte, a primera vista, que en cada uno se contemplan situaciones eventuales e hipotéticas *diferentes* que no tienen punto de comparación. Lo que fluye de los dos textos es que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 contempla el evento en que existan varios interesados, mientras que el pliego de cargos señala el procedimiento en caso de que exista una sola propuesta.

Se trata de dos eventualidades diferentes que no se contradicen, pues de la disposición legal no se deduce, ni expresamente lo indica, que no pueda adelantarse el proceso de otorgamiento de la concesión con un solo interesado, mientras que el pliego de cargos considera otra eventualidad, como es el caso en que sólo hay un proponente. Este sería el único aspecto en que confluyen o pueden confrontarse las dos normas y no se ofrece contraposición alguna que permita sostener que la norma acusada violó la disposición superior.

En efecto:

LO QUE ESTABLECEN LAS NORMAS:
Subasta: 1. Se refiere a aquellos casos donde **el proceso de selección no es el de licitación pública**
Permiso de Uso: 2. Se refiere a aquellos casos como el de las **comunidades organizadas** donde el único factor es el **precio**, sin tener en cuenta los factores técnicos.
Eventualidad “si existe” 3. Condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros.
LO QUE SOSTIENE LA DECISIÓN OBJETO DE SALVAMENTO:
1. No puede haber concesión sin pluralidad de oferentes
2. Necesariamente en todos los casos tiene que haber pluralidad de interesados.

3. Prohíbe adjudicar la concesión si no hay pluralidad de oferentes, es decir, **convierte la eventualidad en una regla**.

2. Principios de igualdad y libre competencia – declaración de licitación desierta

En la decisión mayoritaria de la Sala Plena Contenciosa se sostiene que es a través de la presencia **plural de interesados**, que se garantizan los principios de igualdad y de competencia en el proceso de selección.

En relación con el principio de igualdad, el fallo objeto de salvamento afirma lo siguiente:

> *"La no pluralidad de oferentes en la subasta rompe en consecuencia con el principio de igualdad, y significaría la adopción de formas encubiertas de discriminación perturbadoras sustancialmente de los propósitos definidos en el artículo 72 de la Ley 1341 para la subasta"*[221]

Y en relación con el principio de libre y leal competencia sostiene:

> *"En otras palabras las reglas instituidas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados, solo son entendibles jurídicamente bajo consideraciones de libre y leal competencia económica"*[222]*.*

Al respecto considero:

El pliego de condiciones especificó cuál es la banda de frecuencias en que operará el tercer canal de televisión, así:

> *"1.3. 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, de acuerdo con el Plan de Expansión de Cobertura de Televisión de Red Analógica y de Red Digital" (Anexo 6).*
>
> *"El 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 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*

[221] Pág. 51.

[222] Pág.38

Comisión Nacional de Televisión de reasignar las frecuencias para transmisiones analógicas y digitales".

La anterior descripción permitía que *toda la comunidad* conociera las especificaciones de la banda asignada para operar el Tercer Canal de televisión y, con ese conocimiento previo, se podía manifestar el interés o no en participar en la Licitación Pública.

En tales condiciones, puede afirmarse que se garantizaron los **principios de igualdad en el acceso al uso del espectro electromagnético**[223] **y de libre competencia**, porque la Licitación 002 de 2010 fue pública y en ella tuvieron la posibilidad de participar todos los proponentes que creyeran tener los requisitos exigidos.
Ahora bien, el hecho de que unos pocos o incluso sólo uno tuviera los requisitos y efectivamente presentara la propuesta, no puede conducir a afirmar que se afectó el derecho a la *igualdad* ni mucho menos la *libre competencia*, pues es un aspecto que depende de la voluntad de cada uno de los proponentes. La entidad no puede obligar a que varias personas se presenten a la licitación, pues esto depende de las circunstancias de cada uno de los potenciales interesados.

Considero que no puede afirmarse que la garantía de estos principios sea real únicamente cuando existe pluralidad de interesados. El proceso de selección es uno solo pero compuesto de varias etapas, por eso no debe perderse de vista que cuando el aparte acusado se refiere al proponente habilitado único, esto es consecuencia del agotamiento de etapas anteriores dentro del proceso en los que ya se habían garantizado los principios a los interesados y a la comunidad en general, pero por circunstancias ajenas al proceso pueden presentarse situaciones como la que se estipula en el aparte demandado.

En este caso desde el *pliego de condiciones*, se permitió el acceso de todos los interesados, sin que por el hecho de que exista un solo interesado pueda afirmarse que el proceso no contó con las garantías requeridas por la Ley 1341 de 2009.

---

[223] ARTICULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.
Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Ahora bien, la decisión objeto de este salvamento también debió tener en cuenta que el artículo 7º de la Ley 1341 de 2009[224], en cuanto a los criterios de interpretación de la ley, hace énfasis no solo en la "*promoción y garantía de libre y leal competencia"*, a la que alude en gran parte el fallo, sino a los "*derechos de los usuarios"* que, en este caso, resultan perjudicados porque quedó sin fundamento la posibilidad de adjudicar la prestación de un *servicio público* en el que debe prevalecer el interés general de la comunidad a tener acceso a otras fuentes de información, de opinión y de cultura.

Entonces, ante el panorama que plantea la decisión mayoritaria adoptada en la sentencia objeto de salvamento, cabe preguntarse: ***¿Cómo se incentiva la inversión en televisión cuando el posible inversionista queda sometido a la incertidumbre de que a las licitaciones se presenten otros interesados?***

Al respecto, debe precisarse que la Ley 1341 de 2009, establece la libre competencia, como un deber del Estado de propiciar *"escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC (Tecnología de la información y comunicación) y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de* ***igualdad****. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia"*[225].

Por consiguiente, debe verificarse en cada caso que el Estado haya garantizado las condiciones necesarias para que todos los interesados en acceder al uso del espectro electromagnético hayan tenido las mismas condiciones para participar en el mercado en el sector de las telecomunicaciones a través de propuestas sometidas a reglas uniformes para los competidores.

Sin embargo, la decisión de la Sala Plena Contenciosa lo que estaría proponiendo como solución ante la existencia de un único proponente, es que se declare **desierta la licitación**, en contravía de un claro marco jurídico que crea condiciones para que la declaración de desierta, incluso en el caso analizado, sea una opción excepcional, tal como lo señalan las normas que continuación se transcriben:

---

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

[225] El anterior precepto está en concordancia con la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético que propugna el artículo 75 de la Carta.

Ley 80 de 1993:

> *ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:*
>
> *En los pliegos de condiciones:*
>
> *Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*
> *b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y* ***eviten la declaratoria de desierta de la licitación****.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:*
>
> *(…)*
>
> *18. La declaratoria de desierta de la licitación* ***únicamente procederá*** *por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.*
> *(…) (Negrillas fuera de texto)*

Decreto 2474 de 2008:

> ***ARTÍCULO 90. ADJUDICACIÓN CON OFERTA ÚNICA.*** *Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa****, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta****, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta* ***satisfaga los requerimientos*** *contenidos en el pliego de condiciones.*

Por consiguiente, a la luz de las normas transcritas, la declaración de desierta de la licitación, pudiera hacer incurrir a la Nación en gastos por la indemnización que eventualmente podría reclamar el proponente único, fundamentado en que tal decisión sólo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, aspecto que considero se garantiza en el desarrollo de la licitación pública, como más adelante se explica.

Conclusión. En el caso analizado por la Sala, no se violan los principios de igualdad y de libre competencia, porque el pliego de condiciones no restringe la posibilidad de acceder al uso y explotación del espectro electromagnético[226] para prestar el servicio público de televisión de operación privada y de cubrimiento

[226] Art. 75 C.P.

nacional. Sin embargo, el planteamiento del fallo conduciría a declarar desierta una licitación en contravía de los principios de economía y transparencia que también deben ser ponderados.

3. La aplicación de procesos de selección objetiva en la asignación del uso y explotación del espectro electromagnético.

El fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sostiene lo siguiente:

> *"(…) la decisión de la CNTV al estructurar los pliegos, no fue otra que la de concebir un proceso de licitación en la modalidad de subasta, la del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, con la presencia de un único proponente habilitado, y no a partir de la competencia natural entre un número plural de actores del mercado interesados en la prestación del servicio de televisión de operación privada y de cubrimiento nacional"*[227].

Se afirma en el fallo, que la **subasta**, admitida como procedimiento objetivo en el pliego de condiciones, está inmersa en la **concurrencia plural de interesados** que, a través de actuaciones competitivas de puja, buscan lograr **mejores precios** para los Fondos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión[228].

Al respecto considero:

3.1. El deber de selección objetiva y sus modalidades.

La regla para la selección objetiva está contenida en el artículo 5º numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de señalar que es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los **fines que ella busca**. La citada norma dispone:

> ***ARTÍCULO 5º Ley 1150 de 2007. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.*** *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los* ***fines que ella busca****, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes* ***criterios:***
> ***…***

[227] Pág. 64

[228] Pág. 44

*2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta **los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos,** contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad**,** sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. …*
*En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los **factores técnicos y económicos**, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*
*a) La **ponderación** de los elementos de **calidad y precio** soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*
*b) La **ponderación** de los elementos de **calidad y precio** que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*
*3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de **bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización**, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.*

Ahora bien, la selección objetiva se puede llevar a cabo a través de diferentes modalidades[229], que son:

1. Licitación pública
2. Selección abreviada
3. Concurso de méritos
4. Contratación directa

La subasta es un mecanismo de licitación pública, es decir, que para que exista subasta debe existir licitación. Según se observa, el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establece la licitación pública como la primera de las modalidades de selección de contratistas, siendo esta la que garantiza la igualdad de oportunidades para contratar.

Precisado lo anterior, es necesario referirse al otorgamiento de concesiones para televisión.

3.2. Principios generales del servicio público de televisión y su clasificación según su nivel de cubrimiento territorial.

El artículo 2º de la Ley 182 de 1995[230], establece que los fines del servicio público de televisión son "*formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de*

[229] Art. 2º de la Ley 1150 de 2007

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

manera sana" y debe atender primeramente a la **calidad** de la programación y del servicio[231]. Por lo tanto, en el otorgamiento de concesiones de televisión debe propenderse el logro de estos fines, además de los propios que guían la contratación estatal en Colombia[232].

Atendiendo al nivel de **cubrimiento territorial** del servicio, la televisión se clasifica en **nacional, regional, local y comunitaria sin ánimo de lucro**[233]**.**

El nivel local es un área geográfica continua, siempre que no supere el ámbito mismo del Municipio o Distrito, área metropolitana, o Asociación de Municipios[234].

3.3. Títulos jurídicos que habilitan la operación del servicio público de televisión

Según el artículo 82 de la Ley 182 de 1995, los títulos jurídicos por los cuales se puede ser operador del servicio de televisión[235] son:

a. La **ley:** Que autorizaba a Inravisión y ahora a Señal Colombia, para operar la **televisión pública** en el **nivel nacional**.

b. La **concesión:** Que para la prestación del servicio de televisión se otorga por medio de dos modalidades:

    1. Mediante **contrato:**
        - En el **nivel nacional**, para la **televisión privada**;

---

[231] **ARTÍCULO 2o. Fines y principios del servicio**. Los fines del servicio de televisión son formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana. Con el cumplimiento de los mismos, se busca satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local.

[232] **LEY 80 de 1993. Art. 3o. De los fines de la contratación estatal**. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el **cumplimiento de los fines estatales**, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la **efectividad de los derechos e intereses de los administrados** que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (…) (Negrillas fuera de texto)

[233] Ley 182 de 1995. Art. 22, modificado por la Ley 335 de 1996.

[234] Ley 182 de 1995. Art. 22 literal d).

[235] Ley 182 de 1995. Art. 35. **Operadores del servicio de televisión**. Se entiende por operador la persona jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un **título** concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

Para los efectos de la presente ley son **operadores del servicio público de televisión** las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente Ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

- En el **nivel local**, la concesión de canales y espacios de **televisión cultural**, con asociaciones o fundaciones privadas **sin ánimo de lucro**[236].

2. Mediante **licencia**: En el **nivel local**, para estaciones privadas con ánimo de lucro.

3.4. Procedimientos de selección de los concesionarios de televisión.

Los contratos de concesión de televisión privada de cubrimiento **nacional** deben adjudicarse mediante **licitación pública**.

También, se deben adjudicar en **licitación pública** las **licencias** para estaciones **locales** de televisión **de carácter privado y con ánimo de lucro** en capitales de Departamento y ciudades con más de 100.000 habitantes, según lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 22 de la Ley 182 de 1995 que dispone:

> *ARTÍCULO 22. CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO EN FUNCIÓN DE SU NIVEL DE CUBRIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 335 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento****. La Comisión Nacional de Televisión definirá, y clasificará el servicio así:*
>
> *PARÁGRAFO 1.°- La Comisión Nacional de Televisión adjudicará mediante* ***licitación pública*** *las concesiones* ***para*** *la operación de* ***las estaciones locales de televisión, de carácter privado, con ánimo de lucro.*** *Lo anterior* ***para todas las capitales de departamento y ciudades que superen los 100 mil habitantes.*** *Para las ciudades de más de un (1) millón de habitantes la Comisión Nacional de Televisión determinará el número plural de estaciones locales de televisión de carácter privado con ánimo de lucro*

Esta norma **excluye** de la licitación pública:

1. La adjudicación de **licencias** para estaciones **locales** de televisión privadas con ánimo de lucro en ciudades que **no sean capital de Departamento y no pasen de 100.000 habitantes**.

2. También excluye de la licitación pública las concesiones para la **televisión comunitaria, y para canales locales de carácter cultural** operados por asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro.

---

[236] Según el art. 37, numeral 4º parágrafo 3° de la Ley 182 de 1995: "*Las entidades competentes celebrarán contratos de concesión de canales y espacios de televisión o de programación regional con asociaciones o fundaciones privadas* ***sin ánimo de lucro****, para la explotación de la* ***televisión cultural*** *tal como ésta se entiende en la presente Ley; el cultivo de los valores ético-religiosos también estará comprendido en dicha televisión. Estos espacios podrán tener tarifas diferenciales a juicio de la Comisión Nacional de Televisión"*

Por consiguiente, en materia de otorgamiento de concesiones para televisión, la Ley 182 de 1995 señala que debe realizarse mediante **licitación pública**, medio que resulta idóneo para garantizar a todas las personas la igualdad de oportunidades que les otorga el artículo 75 de la Carta para acceder al uso del espectro electromagnético. Además, es el medio por excelencia para lograr la selección objetiva del contratista ya que los pliegos de condiciones de la licitación pública contienen los factores de escogencia y calificación.

3.5. Análisis del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 a la luz de las anteriores disposiciones.

Ahora bien, el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 no se refiere específicamente a la licitación pública para adjudicar un contrato o una licencia, pues es un **imposible jurídico aplicarla a la licitación pública**, por las siguientes razones:

1. Porque como se explicó, las reglas que regula el artículo 72 en mención hacen referencia al momento anterior a la aplicación del mecanismo de selección. En otras palabras, porque antes de que se haya abierto la licitación pública es **imposible determinar** si existe un número plural de interesados. Esto solo se puede determinar después de que la licitación se haya cerrado, luego **la norma no se refiere a las licitaciones públicas**.

2. Porque **la licitación pública ya es un medio para lograr la selección objetiva**, entonces, **no tendría ningún efecto** ordenar que se aplique un medio de selección objetiva cuando ya se está aplicando el más importante de los medios con que esta se logra.

La conclusión lógica es que la orden de aplicar medios de selección objetiva se refiere a los casos en que la CNTV otorga concesiones sin licitación pública, o sea, las **concesiones a nivel local** exceptuadas de licitación pública, como se explicó.

3.6. La licitación pública es garantía de acceso en condiciones de igualdad y de selección con objetividad.

Considero que en la decisión de la Sala Plena Contenciosa se desconoce que la licitación pública ya es un medio de selección objetiva del contratista, toda vez que los pliegos de condiciones de la licitación pública contienen los factores de escogencia y calificación.

Además, tratándose de la prestación de un servicio a la comunidad y si solo existe un proponente, prevalece el interés general en que efectivamente se preste el servicio, que está vinculado a la opinión pública, a la cultura del país, y uno de sus principios es la preminencia del interés público sobre el privado[237].

Insisto en que la selección objetiva se realiza con arreglo a factores técnicos y económicos y la ponderación de estos determina cuál es la propuesta más favorable, siendo esta la que tiene derecho a la adjudicación.

3.7. La maximización de recursos vs. la calidad de los contenidos.

En ese sentido, tratándose de subasta como mecanismo que se señala en el fallo objeto de este salvamento, debo precisar que de esa "pluralidad de interesados" **no tendrá derecho a la adjudicación** el proponente que tenga una tecnología atrasada o que ofrezca contenidos inadecuados para la educación de la comunidad, por más que ofrezca más dinero para los "cofres públicos", entonces, la subasta sólo puede darse entre proponentes del mismo puntaje técnico. Ejemplo: concesiones para la televisión comunitaria y no para el caso de televisión privada en el nivel nacional.

Considero que es un despropósito admitir a subasta a un proponente, para el caso de asignación para el uso del espectro electromagnético cuando se trata de televisión privada del nivel nacional, con enormes recursos económicos **pero técnica o culturalmente no idóneo**. Si la propuesta no tiene un contenido que cumpla con los requerimientos técnicos exigidos y entra en la subasta o puja teniendo en cuenta únicamente el **factor precio** y desconociendo el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, antes transcrito, se podría correr el riesgo de adjudicar al peor oferente.

Por tanto, la subasta si bien puede garantizar la obtención de mejores recursos para los Fondos, que parece ser un aspecto esencial en la decisión de la Sala, puede dejar de lado otros aspectos técnicos y de contenido que deben prevalecer cuando se trata de un servicio público como es el de televisión a nivel nacional.

3.7.1. Remisión a la normativa general de la contratación de la administración.

[237] Art. 2º lit. g, Ley 182 de 1995

En el fallo objeto de este salvamento se sostiene que la remisión que hace la norma demandada al artículo 90 del Decreto 2474 de 2008[238], *"va más allá de las fronteras de la simple imprecisión; sumerge a la norma en una incontrovertible situación de ilegalidad (…)",* porque *"dadas las características y naturaleza de las hipótesis en él reguladas, no resulta de aplicación a la subasta ordenada por el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, en cuanto su punto de partida es la subasta con un único proponente, luego trata un asunto incompatible con el desarrollado en la ley especial que nos ocupa"*[239].

Al respecto, debo precisar que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1341 de 2009 dispone que *"El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley"*. Tales excepciones se concretan, realmente, en una sola, cual es el evento en que se presentan dos o más interesados en una banda de frecuencias, en los demás casos se acudirá a la normativa especial.

Entonces, lo dispuesto en el artículo 90 del Decreto 2474 de 2008 no resulta incompatible con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009, toda vez que como se ha explicado, no es condición indispensable que existan un número plural de interesados para la asignación de la banda.

Conclusiones

1. El artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 ordena la aplicación de medios de selección objetiva a los casos en que se otorgan concesiones **sin licitación pública**, esto es, para las estaciones **locales** de televisión privada y las concesiones para la televisión **comunitaria**. Los contratos de concesión de **televisión privada de cubrimiento nacional** deben adjudicarse **mediante licitación pública**.

2. El proceso de **selección objetiva por excelencia** es la licitación pública. Está reglada en las leyes 80/93, 1150/07 y 1341/09.

---

[238] **Artículo 90.** Adjudicación con oferta única. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de subasta inversa, la entidad podrá adjudicar el contrato cuando sólo se haya presentado una propuesta, y esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos, y siempre que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones.

[239] Pág. 71

3. La Licitación 002 de 2010 fue **pública** y en ella tuvieron la posibilidad de **participar todos los proponentes** que creyeran tener los requisitos exigidos.

4. Cualquier persona podía presentar su propuesta, y si **sólo unos pocos tuvieron los requisitos y efectivamente presentaron** la propuesta **no puede afirmarse que se afectó la LIBRE COMPETENCIA**, pues es un aspecto que depende de la **voluntad** de cada uno de los proponentes.

5. O lo que es lo mismo: La entidad **no puede obligar** a que varias personas se presenten a la licitación, pues **no depende de su voluntad sino de las circunstancias de cada uno de los potenciales interesados**.

6. Se garantizó, dando cumplimiento al artículo 73 de la Constitución Política, la **igualdad de oportunidades** en el **acceso** al espectro electromagnético.

7. **En caso de que** haya más de un proponente se lee: NO PUEDE HABER CONTRATO SI NO HAY DOS PROPONENTES.

8. La **SELECCIÓN OBJETIVA** se realiza de conformidad con el art. 5° de la Ley 1150, con arreglo a **factores técnicos y económicos**. La **ponderación** de estos determina cuál es la propuesta más favorable. Y esta tiene derecho a la adjudicación. La expresión "en caso de que exista" un número plural de interesados" no significa "siempre tendrá que existir".

8. El precio se puede modificar pero los contenidos no.

9. Solamente puede haber puja cuando los factores técnicos y económicos son iguales[240].

10. De esa "pluralidad de interesados", **no tendrá derecho a la adjudicación** el proponente que tenga una tecnología atrasada o que ofrezca contenidos inadecuados para la educación de la comunidad, por más que ofrezca más dinero para "los cofres públicos". Entonces, la subasta sólo puede darse entre proponentes del **mismo puntaje técnico**. Porque es un despropósito admitir a subasta a un proponente con enormes recursos económicos pero **técnica o culturalmente no idóneo**. Si se presenta una propuesta con un contenido mediocre tendría que haber puja y se podría adjudicar al peor oferente.

---

[240] Una resma de papel (subasta inversa) o venta de un lote se puede la subasta pero si se quiere educar e informar tiene que ser en iguales condiciones.

11. La Nación fijó un precio aceptable y no lo recibió. Por consiguiente, los cofres públicos quedaron vacíos.

12. Los usuarios **no** han recibido una nueva posibilidad de información y de educación.

13. Se están haciendo a un lado los **fines del servicio** que son los factores fundamentales, por privilegiar una puja, el factor precio.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
6 de marzo de 2012