

INCOMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Para establecer requisitos superiores para participar en licitación para la prestación del servicio de televisión por suscripción

[L]a competencia de la Comisión Nacional de Televisión para establecer requisitos superiores o diferentes para efectos de participar en una licitación, el artículo 48 anteriormente transcrito prevé la posibilidad de que la Junta Directiva establezca otras exigencias, pues así lo consigna el literal b) del citado artículo cuando señala que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, entre otros, los aspectos que allí señala. Esto supone que además de esos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión podrá establecer requisitos distintos, más no superiores. Lo anterior llevará a la Sala a declarar la nulidad de la expresión “superiores o” contenida en el artículo 12 del Acuerdo 001 de 11 de abril de 2008. [...] Cuando el artículo 43 de la Ley 182 de 1995 dispone que la Comisión Nacional de Televisión reglamentará “los requisitos de las licitaciones”, debe entenderse que estos requisitos pueden ser diferentes, pero nunca superiores a los previstos en las normas legales. Por lo tanto, no pueden existir otros requisitos distintos de los que fueron solicitados para el acceso al Registro Único de Operadores.

FUNCIONES COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Alcance / REGISTRO ÚNICO DE OPERADORES – Factores para su conformación y evaluación / FACTOR EXPERIENCIA, PROFESIONALISMO Y CAPACIDAD TÉCNICA – No puede dejarse su evaluación o acreditación en socios o accionistas con una participación en su capital superior al 10% / FUNCIONES COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – Extralimitación

El artículo 48 de la Ley 182 de 1995 consagró: “En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía.”. El querer del legislador, como lo señala expresamente esta disposición legal, consistió en que el registro único de operadores del servicio de operación se evaluara fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, la experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. De modo que la frase agregada en el Acuerdo parcialmente demandado, “o una participación en su capital superior al 10% del mismo”, va en contravía del mandato legal que quiso dejar esta evaluación en cabeza de los socios mayoritarios o con poder de decisión. [...] [L]a Comisión Nacional de Televisión extralimitó su función reglamentaria, al extender la evaluación o acreditación del factor experiencia, profesionalismo y capacidad técnica en socios o accionistas con una participación en su capital superior al 10%, pues se podría dejar en un momento dado en los socios minoritarios este aspecto tan fundamental.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Tercera, 16 de marzo de 2012, Radicación 11001-03-24-000-2004-00411-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; y de 12 de agosto de 2014, Radicación 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332), C.P. Enrique Gil Botero; y de la Corte Constitucional C-497 de 1995 y C-350 de 1997.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 76 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 77 / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 5 / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 43 / LEY 182 DE 1995 – ARTÍCULO 48 /

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 001 DE 2008 (11 de abril) COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – ARTÍCULO 12 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 002 DE 2008 (17 de julio) COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – ARTÍCULO 1 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 002 DE 2008 (17 de julio) COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – ARTÍCULO 2 (Anulado parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00346-00

Actor: JULIÁN DAVID SOLORZA MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Referencia: Facultad Reglamentaria de la Comisión Nacional de Televisión/ Registro Único de Operadores - Concesión de Espacios de Televisión/ Importancia del Servicio de Televisión/ Factor de Evaluación Experiencia/ Factor de Evaluación “Disponibilidad de Equipos”/ Acreditación de Factores por Socios Mayoritarios con Capacidad Decisoria/ Acreditación de Factores por Socios con una Participación Superior al 10% en el Capital de la Sociedad. Condiciones o Requisitos Superiores o Diferentes a los Establecidos en la Ley para Efectos de la Participación en la Licitación

Se decide la acción pública de nulidad parcial de las disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 001 de 11 de abril de 2008 y el Acuerdo No. 002 de 17 de julio de 2008, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Pretende el accionante la nulidad de los textos resaltados del artículo 12 del Acuerdo No. 001 de 11 de abril de 2008, y de los artículos 1º y 2º del Acuerdo No.

002 del 17 de julio de 2008 por medio de los cuales se modificaron los artículos 8° y 10° del Decreto 001 de 2008 expedidos por la Comisión Nacional de Televisión:

Los partes demandados son los siguientes:

Acuerdo No. 001 de 11 de abril de 2008

"Por el cual se derogan los Acuerdos Números 016 y 017 de 1997, y se expide una nueva reglamentación del Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional y se dictan normas sobre evaluación, calificación, clasificación, inscripción y actualización en dicho Registro"

"Art. 12.- Evaluación y calificación para registro. Los requisitos mínimos a que se refieren los artículos anteriores solamente se acreditarán para efectos de evaluación, calificación y clasificación del solicitante en el Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1° del Artículo 9 de éste Acuerdo, **la Comisión Nacional de Televisión podrá exigir el cumplimiento de condiciones o requisitos superiores o diferentes para efectos de la participación en la licitación para la operación y explotación de un canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional y de la prórroga de los contratos de los actuales Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional". "..."**

Acuerdo No. 002 de 17 de julio de 2008

"Por el cual se modifican unos artículos del Acuerdo 001 de 2008, mediante el cual se expidió una nueva reglamentación del Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional"

Artículo 1°. El artículo 8 del acuerdo 01 de 2008 quedará así:

"Artículo.8°.- Experiencia Profesionalismo y Capacidad Técnica. El solicitante deberá acreditar su experiencia, profesionalismo y capacidad, o la de sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto, o una participación en su capital superior al 10% del mismo, en cada una de las siguientes categorías: (i) en producción de material audiovisual que se haya transmitido a través de un canal o concesionario de televisión, (ii) en programación de material audiovisual transmitido a través de un canal o concesionario de televisión y (iii) en la prestación del servicio de radiodifusión de televisión". "..."

Artículo 2°. El artículo 10 del Acuerdo 001 de 2008 quedará así:

"Artículo.10°.-Disponibilidad de Equipos. Los solicitantes o sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto o una participación en su capital superior al 10% del mismo, deberán demostrar que son propietarios, o que tienen acceso a ellos a través de contratos de arrendamiento, cartas de intención de compra o arrendamiento,

construcción u otro tipo de acuerdo de naturaleza similar, como mínimo de los siguientes equipos: (...)”

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El accionante invoca como vulnerado el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 con los apartes demandados de los Acuerdos 001 de 11 de abril de 2008 y 002 de 17 de julio de 2008, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión y desarrolla el concepto de la violación, argumentando:

El carácter autónomo de la Comisión Nacional de Televisión, no la habilita para pasar por encima del orden jurídico que gobierna su actividad. En tal sentido sus atribuciones no son de carácter supra legal, pues le deben estricta observancia al orden jurídico en que se funda su existencia y el ejercicio mismo de sus responsabilidades.

Por lo tanto, el reconocimiento de autonomía que caracteriza a la Comisión Nacional de Televisión, debe entenderse siempre bajo el concepto de subordinación que la Corporación en mención tiene frente a los preceptos de la ley, tal como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2000.

Primer cargo: Violación al inciso segundo del literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, que dispone.

"Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta."

"En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía, la calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

"Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio."

El Acuerdo No. 001 de 2008 de la Comisión Nacional de Televisión, se motiva entre otros, en el considerando 5, en la proximidad de la apertura de un nuevo proceso licitatorio para la operación y explotación de un canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional.

De acuerdo con la motivación de dicho acto, para la Comisión Nacional de Televisión es necesario expedir una nueva reglamentación sobre el Registro Único de Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995, es decir, inscribir, calificar y clasificar a los futuros proponentes en el proceso de licitación.

El Consejo de Estado, en Sentencia de 8 de noviembre de 2001, de la Sección Tercera, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, a propósito del registro de empresas concesionarias de espacios de televisión, citando a JOSÉ ROBERTO DROMI, señaló que "(...) *La idoneidad técnica, moral, económica y financiera de los licitadores interesa sobremanera al licitante, de ahí que deba ser acreditada a prior, con la inscripción registral pertinente, y que sea necesario acompañar, al procedimiento de la licitación, el documento, comprobante o constancia que así lo acredite.*"

Los artículos 8 y 10 del Acuerdo 02 de 2008, en forma manifiestamente contraria al inciso segundo del literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, permiten que se pueda acreditar la experiencia, profesionalismo, capacidad y disponibilidad de equipos, no solo del solicitante, como de sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto, sino de todo aquel que tenga una participación en su capital superior al 10% del mismo.

De manera abiertamente ilegal, la Comisión Nacional de Televisión ha permitido que se pueda acreditar la experiencia e idoneidad en materia de televisión, propios del licitante o de sus accionistas controladores, respecto de socios minoritarios o incidentales, cuya participación no puede servir de punto de referencia para evaluar la solvencia profesional, financiera o técnica de un proponente, en tanto se trata de participantes marginales. La norma exige que esto sea acreditado por el proponente o por sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía, porque son ellos quienes habrán de responder técnica, operativa y financieramente, mas no accionistas minoritarios con solo el 10% de la compañía, que carecen de habilitación controladora para decidir la suerte de cualquier empresa.

La ley y la propia jurisprudencia le reconocen al Registro Único de Operadores su función evaluadora, a priori, de aspectos sustanciales del proponente, tales como

su estructura organizacional, su capacidad financiera y técnica y los equipos de que disponga, aspectos que de resultar positivos generan la habilitación de contratación del proponente. Lo que no puede ser veladamente sustituido mediante participaciones minoritarias, que habrán de comprometer el buen suceso de cualquier adjudicación.

Precisamente cuando la norma abrió el campo para permitir que se acreditara la capacidad financiera y técnica y los equipos de que se dispusiere por parte de los socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía, buscaba que se evaluara la verdadera experiencia y capacidad en este campo, ya fuere acreditando la misma por el proponente o en caso subsidiario no por cualquier socio, sino precisamente por el mayoritario, que es el socio, no sólo con vocación de permanencia sino con capacidad real de aportar las mismas al nuevo Proponente.

Por ende, no se explica cómo en franca contradicción con la norma, la Comisión Nacional de Televisión decidió ir más allá en su reglamentación al permitir, a través del Acuerdo 002, que un socio minoritario, como lo puede ser en la mayoría de los casos un socio con participación en capital social cercana al 10% pueda aportar la experiencia solicitada.

Segundo cargo: violación al inciso segundo del literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, que dispone:

"(...) Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio."

La norma impone a la Comisión Nacional de Televisión límites en ejercicio de sus funciones regulatorias frente a los particulares interesados en participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. Al respecto se precisa que los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio.

La finalidad del Registro Único de Operadores es la de inscribir, calificar y clasificar, con anterioridad a la apertura de la licitación, a los distintos proponentes interesados en participar en la licitación y celebrar contratos para la prestación y explotación de servicios audiovisuales de televisión, es decir, con el Registro

Único de Operadores se procede a evaluar y calificar la información presentada por el proponente sobre los aspectos habilitantes para su presentación en el ulterior proceso de licitación.

La ley misma, señaló como requisitos de habilitación para ser calificados a priori por el Consejo Nacional de Televisión dentro del Registro Único de Operadores la estructura organizacional del proponente, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga y su experiencia.

A pesar de lo anterior, en evidente contradicción con la ley, el Acuerdo 001 abre la posibilidad en su artículo 12 de exigir el cumplimiento de condiciones o requisitos superiores o diferentes para efectos de la participación en la licitación para la operación y explotación de un canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional y de la prórroga de los contratos de los actuales Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional, a pesar de que el legislador estableció taxativamente que los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional de Televisión contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y argumentando en resumen que:

En cuanto al primer cargo: con los apartes acusados no se está desconociendo el mandato del inciso segundo del literal a) del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, ya que es evidente que la calificación se hace frente a la sociedad como tal, y también se puede tener en cuenta la experiencia que tengan los socios en sus respectivas empresas, de ahí que el límite establecido por la Comisión Nacional de Televisión, no vulnera ninguna disposición de orden superior.

En los artículos 75, 76 y 77 de la Carta se establece que a la Comisión Nacional de Televisión como entidad autónoma del orden nacional le corresponde, en representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con ese servicio público, regular el servicio e Intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para su prestación con el fin de garantizar el

pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la constitución y la ley.

El legislador en desarrollo de este mandato expidió las Leyes 182 de 1995 y la 335 de 1996 estableciendo los fines y principios del servicio público de televisión.

Se apoya la demanda en sentencia C-298/99 de la Corte Constitucional en la que se indica que corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, en su calidad de organismo dotado de autonomía e independencia y como entidad de desarrollo y ejecución de la política que en materia de televisión dicte la ley, dirigir y regular el servicio público de televisión.

Igualmente afianza la argumentación respecto de la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión en sentencia del Consejo de Estado¹ de la cual destaca que:

"Quiere la Sala destacar el hecho de que fue el propio legislador quien, deliberadamente, confirió expresa y amplias facultades a la Comisión Nacional de Televisión a fin de que clasificara los distintos géneros o modalidades del servicio de televisión y para que, además, expidiera el reglamento específico tendiente a su implementación o funcionamiento. Diversos apartes de las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1995 enfatizan en el pleno reconocimiento de dicha atribución, la cual, por lo mismo, supone un amplio margen de discrecionalidad o de actuación en su desempeño, sin que ello, desde luego, signifique la posibilidad de incursionar en el ámbito de la arbitrariedad por vía de desconocimiento de las reglas y principios legales que organizan y estructuran el servicio de televisión. No puede perderse de vista que fue el propio constituyente el que, en los artículos 76 y 77 de la Constitución Política previó la existencia de un organismo autónomo, desde el punto de vista administrativo, patrimonial y técnico, encargado de desarrollar y ejecutar la política en materia de televisión." (Destaca la demandada).

Señala que la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley y sobre la base de la misma, dirige y regula la televisión en su condición de ente autónomo.

Con fundamento en lo anterior, es claro que la Comisión Nacional de Televisión podía expedir la reglamentación del Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional, y dictar

¹ Sentencia de 27 de septiembre de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5908-01(5908), Consejero Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

normas sobre evaluación, calificación, clasificación, inscripción y actualización en dicho Registro. Fue por ello que para evaluar la estructura organizacional de los participantes, la reglamentación estableció que tendría en cuenta, a quienes tuviesen una participación en su capital superior al 10%, sin que con ello se hubiese desconocido la evaluación que se pudiese hacer a los socios mayoritarios o con capacidad de decisión.

Respecto del **segundo cargo**, en el cual se argumenta violación a la ley por aplicación indebida del literal a), párrafo tercero del artículo 48 de la Ley 182 de 1995, al considerar que los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio, la demandada precisa que tal como se puede observar, lo que establece el Acuerdo es que la Comisión Nacional de Televisión podrá exigir el cumplimiento de condiciones o requisitos superiores o diferentes para efectos de la participación en la licitación pública, sin que se esté indicando que los factores tenidos en cuenta en el registro sean nuevamente calificados. Ello es acorde con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, que en lo referente al principio de selección objetiva, indica que los factores de escogencia y calificación se establecen en el pliego de condiciones o su equivalente y que en ellos debe tenerse en cuenta, - entre otros -, los siguientes criterios: *"1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de los previstos en el numeral 4 del presente artículo (...).*

Igualmente apoya su razonamiento en sentencia C-310 de 1996 de la Corte Constitucional donde se considera que: *"...La ley 182 de 1995 es precisamente el desarrollo de las normas superiores anteriormente citadas y, por tanto, es de su resorte reglamentar el servicio de televisión en todos aquellos campos que la propia Constitución habilite y que el legislador, en ejercicio de su autonomía, estime convenientes. Así entonces, es procedente que algunas de estas disposiciones contemplen los parámetros generales que debe tener en cuenta la Comisión Nacional de Televisión para la escogencia de los operadores zonales y la respectiva adjudicación de los espacios de televisión, que de conformidad con las nuevas políticas de privatización del servicio de televisión, abre camino a los particulares para operarlo, a partir del 1° de enero de 1998 (artículo 37 de la ley*

182 de 1995, declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 1996)."

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por auto de 22 de abril de 2014 se ordenó correr traslado a las partes y al Procurador Delegado ante esta Corporación para alegar de conclusión. Las partes presentaron sus respectivos escritos reiterando los argumentos aducidos tanto en la demanda como en la contestación a la demanda.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la parte actora solicita la nulidad parcial de algunas disposiciones contenidas en el Acuerdo No. 001 de 11 de abril de 2008 y el Acuerdo No. 002 de 17 de julio de 2008, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Los Acuerdos parcialmente acusados 001 y 002 de 2008 fueron expedidos por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión *"en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confieren y se derivan de los ordinales a), e) y k) del artículo 5º y del artículo 48 de la Ley 182 de 1995 y de los artículos 13, 23 y 24 de la Ley 335 de 1996"*.

- El accionante argumenta que el artículo 12 del Acuerdo 001 de 2008, mediante el cual se expidió la nueva reglamentación del Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional, viola lo establecido en el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 al permitir que la Comisión Nacional de Televisión pueda exigir requisitos superiores o diferentes para efectos de la participación en la licitación.

El artículo 12 del Acuerdo 001 de 2008 establece:

*"Art. 12.- Los requisitos mínimos a que se refieren los artículos anteriores solamente se acreditarán para efectos de evaluación, calificación y clasificación del solicitante en el Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1º del Artículo 9 de éste Acuerdo, **la Comisión Nacional de Televisión podrá exigir el cumplimiento de condiciones o requisitos superiores o diferentes para efectos de la participación en la licitación para la operación y***

explotación de un canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional y de la prórroga de los contratos de los actuales Operadores Privados del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional". (negrillas fuera del texto original)

Por su parte, el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 dispone:

“ARTICULO 48. De las concesiones a los operadores zonales. La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública. Para tales efectos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta las siguientes disposiciones especiales, sin perjuicio de las que ordene incluir en los correspondientes pliegos de condiciones;

a) Sólo podrán participar en la licitación respectiva y celebrar contratos, las personas que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas con anterioridad a la apertura de la licitación en el registro único de operadores del servicio de televisión, que estará a cargo de la Comisión Nacional de Televisión y cuya reglamentación corresponderá a la Junta Directiva de ésta.

En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía. La calificación y clasificación de los inscritos tendrán una vigencia de dos (2) años. Esta vigencia es lo que se exigirá para participar en la licitación.

Esta vigencia sólo se exigirá para participar en la licitación o la celebración del contrato o licencia respectiva. **Los factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio;**

b) **Los criterios que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, serán los evaluados en el registro de proponentes y la calidad del diseño técnico, la capacidad de inversión para desarrollo del mismo, la capacidad de cubrir áreas no servidas, el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio, entre otros.**

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

(...)"

Dentro de las funciones de la Comisión Nacional de Televisión, previstas en el artículo 5º de la Ley 182 de 1995 se encuentran:

e) **Reglamentar** el, otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, así como **los requisitos de las licitaciones**, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos”

“...

k) **Ejecutar los actos y contratos propios de su naturaleza y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, para lo cual se sujetará a las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 80 de 1993, y en las normas que las sustituyan, complementen o adicionen;** (negritas y subrayado fuera del texto original)

De otro lado, el artículo 43 de la aludida Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996, norma en la que también fundamento del Acuerdo demandado, señaló expresamente lo siguiente:

“ARTÍCULO 43. RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN. A partir de la presente ley la Comisión reglamentará las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto” (negritas fuera del texto original).

Una cosa es que la Comisión Nacional de Televisión exija el cumplimiento de requisitos superiores diferentes para efectos de la participación en la licitación y otra diferente es que los factores calificados del registro puedan ser objeto de nuevas calificaciones **durante** el proceso licitatorio.

Respecto del primer punto, relativo a la competencia de la Comisión Nacional de Televisión para establecer requisitos superiores o diferentes para efectos de participar en una licitación, el artículo 48 anteriormente transcrito prevé la posibilidad de que la Junta Directiva establezca otras exigencias, pues así lo consigna el literal b) del citado artículo cuando señala que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrá en cuenta para la adjudicación de los contratos, entre otros, los aspectos que allí señala. Esto supone que además de esos, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión podrá establecer requisitos distintos, más no superiores.

Lo anterior llevará a la Sala a declarar la nulidad de la expresión “superiores o” contenida en el artículo 12 del Acuerdo 001 de 11 de abril de 2008.

El segundo aspecto se refiere a la prohibición contenida en el mismo artículo 48 de la Ley 182 de 1995 en el sentido de que los “factores calificados del registro, no podrán ser materia de nuevas evaluaciones durante el proceso licitatorio”. Esta lógica prohibición se refiere a que **durante** el proceso licitatorio, no se pueden cambiar las reglas de juego a los participantes, de modo que una vez calificados los factores del registro de operadores no pueden hacerse modificaciones sino hasta después de la finalización de dicho proceso licitatorio.

Cuando el artículo 43 de la Ley 182 de 1995 dispone que la Comisión Nacional de Televisión reglamentará “los requisitos de las licitaciones”, debe entenderse que estos requisitos pueden ser diferentes, pero nunca superiores a los previstos en las normas legales.

Por lo tanto, no pueden existir otros requisitos distintos de los que fueron solicitados para el acceso al Registro Único de Operadores. En efecto esta Corporación² ha analizado lo que la Ley 80 de 1993 exige que se establezca dentro del pliego de condiciones:

*“Por su parte, **el pliego de condiciones establece el conjunto de cláusulas aplicables al contrato**, y por supuesto determina el procedimiento para la escogencia del contratista. En ese orden, tiene un contenido mixto, porque además de que detallan las características del negocio jurídico, fijan la forma como la administración seleccionará al contratista.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones debe contener: **i) los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección**; ii) las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación; iii) las condiciones precisas de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; iv) las reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad y, v) el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Asimismo, el inciso citado prevé que, en su elaboración, no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren”. (subraya y resaltado fuera de texto)*

² Sentencia de 12 de agosto de 2014, proceso **25000-23-26-000-1995-10866-01(26332)**, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

- El siguiente cargo es el aducido por el accionante contra los artículos 1º y 2º del Acuerdo No. 002 de 17 de julio de 2008, por medio de los cuales se modificaron los artículos 8 y 10 del Acuerdo 001 de 2008; Acuerdos mediante los cuales se expidió la nueva reglamentación del Registro Único de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional.

Los artículos 8 y 10 (parcialmente acusados) fueron modificados por el Acuerdo 002 de 2008 así:

“Artículo 1º el artículo 8º del Acuerdo 01 de 2008 quedará así:

Artículo 8º. Experiencia Profesionalismo y Capacidad Técnica. El solicitante deberá acreditar su experiencia, profesionalismo y capacidad, o la de sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto, o una participación en su capital superior a 10% del mismo, en cada una de las siguientes categorías: “...”

“Artículo 2º. El artículo 10 del Acuerdo 001 de 2008 quedará así:

Artículo 10. Disponibilidad de Equipos. Los solicitantes o sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto o una participación en su capital superior al 10% del mismo, deberán demostrar que son propietarios, o que tienen acceso a ellos a través de contratos de arrendamiento, cartas de intención de compra o arrendamiento, construcción, y otro tipo de acuerdo de naturaleza similar, como mínimo de los siguientes equipos:

“...”(negrillas fuera del texto original)

El accionante aduce de manera general que el carácter autónomo de la Comisión Nacional de Televisión, no la habilita para pasar por encima del orden jurídico que gobierna su actividad y que el reconocimiento de autonomía que caracteriza a la Comisión Nacional de Televisión, debe entenderse siempre bajo el concepto de subordinación a los preceptos de la Ley.

Al respecto, tanto el Consejo de Estado³ como la Corte Constitucional han establecido en diferentes oportunidades que si bien es cierto que los artículos 76⁴ y 77⁵ de la Constitución Política confirieron autonomía a la Comisión Nacional de

³ Sentencia de 16 de Marzo de 2012, expediente 11001-03-24-000-2004-00411-01, Consejera Ponente doctora María Claudia Rojas Lasso

⁴ Artículo 76. 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. (Derogado por el art. 1, Acto legislativo 002 de 2011)

⁵ Artículo 77.- La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado. La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un

Televisión para el cumplimiento de sus funciones, al mismo tiempo sometieron su ejercicio a la ley, lo que habilitó al legislador para establecer el alcance de dichas funciones, así lo han expresado:

“Como se desprende de la propia Constitución, uno de los principales atributos de la CNTV, es precisamente la autonomía administrativa, patrimonial y técnica que le ha sido reconocida. Dicha autonomía está orientada a proteger su independencia en el ejercicio de las funciones asignadas, de manera que las mismas se lleven a cabo en beneficio del bien común, libre del control e injerencia del Gobierno y de los grupos sociales, políticos o económicos que intervienen en la prestación y ejecución del servicio de televisión.

La autonomía, en su triple dimensión -administrativa, patrimonial y técnica-, se fundamenta en la necesidad de garantizar que la gestión del servicio de televisión, entendido como bien público de primer orden, pueda llevarse a cabo de conformidad con la ley y, libre de intromisiones y controles por parte de autoridades administrativas.

*Sobre el alcance de la autonomía reconocida por la Constitución a la CNTV, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no es absoluta, pues no le confiere el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias”. **Como cualquier entidad pública, y por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, dicho organismo está llamado a ejercer sus funciones dentro del marco previsto por la Constitución y la ley.***

En efecto, los artículos 76 y 77 de la Carta, al tiempo que le otorgan a la CNTV autonomía para el cumplimiento de sus funciones, también subordinan el ejercicio de la misma a la ley, atribuyéndole al legislador la competencia para regular el servicio de televisión, lo cual implica la facultad para definir el alcance de las funciones y para fijar los parámetros bajo los cuales debe operar dicha entidad.⁶ Recogiendo esta posición, en Sentencia C-351 de 2004, la Corte Constitucional afirmó:

*“La autonomía administrativa, patrimonial y técnica de la Comisión Nacional de Televisión es una atribución que le permite al organismo desarrollar libremente sus funciones, pero **no implica una emancipación del ordenamiento jurídico**. Como ente ejecutor de la política estatal televisiva, la Comisión es un organismo integrado a la estructura administrativa del Estado que desempeña sus funciones sujeta a la voluntad de la Ley, nunca fuera de ella.*

“...

Tal dependencia se deriva del propio texto de los artículos 76 y 77 de la Carta, así como de otras disposiciones constitucionales, que determinan su sujeción a la Constitución y a la Ley. En este entendido, por ejemplo, el artículo 76 constitucional establece que la Comisión Nacional de Televisión “desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio” de televisión, mientras que el artículo 77 remarca que dicha comisión dirigirá “la política que en materia de televisión determine la ley”, con lo cual se quiere resaltar que este organismo está sujeto a las disposiciones constitucionales y

régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva...” (Modificado por el art. 2, Acto legislativo 002 de 2011)

⁶ Sentencia C-564 de 1995.

legales en materia de televisión, correspondiéndole estrictamente un papel de ejecución y coordinación en la materia.” (negrillas fuera del texto original)

La Comisión mediante el Acuerdo 002 de 2008, acusado, respecto de los factores a tener en cuenta para conformar el Registro Único de Operadores, señaló: **Experiencia Profesionalismo y Capacidad Técnica. El solicitante deberá acreditar su experiencia, profesionalismo y capacidad, o la de sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto, o una participación en su capital superior a 10% del mismo**, en cada una de las siguientes categorías...”

La norma dispone que la experiencia, profesionalismo y capacidad técnica debe acreditarse por parte del solicitante, o de sus socios accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo e indirecto, y agrega, “o” una participación en su capital superior al 10% de mismo”.

La forma como está redactada la norma con la conjunción “o” supone que es una de estas situaciones, no todas, lo que equivale a concluir que bastaría el último supuesto, el de la participación en su capital superior al 10%, para que un socio con una participación del 11% pudiera acreditar la experiencia, profesionalismo y capacidad técnica.

El artículo 48 de la Ley 182 de 1995 consagró: “*En dicho registro se evaluarán fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía.*”.

El querer del legislador, como lo señala expresamente esta disposición legal, consistió en que el registro único de operadores del servicio de operación se evaluara fundamentalmente la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, la experiencia y **la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía.**

De modo que la frase agregada en el Acuerdo parcialmente demandado, “*o una participación en su capital superior al 10% del mismo*”, va en contravía del

mandato legal que quiso dejar esta evaluación en cabeza de los socios mayoritarios o con poder de decisión.

Como bien lo estudia y concluye la Corte Constitucional⁷, el contenido de la televisión en gran medida tiene la capacidad de orientar la toma de decisiones de la opinión pública, decisiones que van desde aquellas relacionadas con el sistema político hasta aquellas que caracterizan y definen su cotidianidad, siendo de fundamental importancia que su manejo sea coherente con la finalidad social del Estado, como servicio público que es y propenda siempre por el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población. Semejante responsabilidad, requiere del Estado -en su más extensa expresión-, el máximo cuidado en las decisiones referentes a la escogencia de quién tendrá la prestación del servicio de televisión, a fin de que se preste en condiciones optimas

Por todo lo anterior la Comisión Nacional de Televisión extralimitó su función reglamentaria, al extender la evaluación o acreditación del factor experiencia, profesionalismo y capacidad técnica en socios o accionistas con una participación en su capital superior al 10%, pues se podría dejar en un momento dado en los socios minoritarios este aspecto tan fundamental.

En consecuencia, se declarará la nulidad de la expresión “*o una participación en su capital superior al 10% del mismo*” del artículo 1 del Acuerdo 002 de julio 17 de 2008 que modificó el artículo 8° del Acuerdo 001 de 11 de abril de 2008 en cuanto extendió la evaluación de la “Experiencia, Profesionalismo y Capacidad Técnica” a los socios o accionistas con una participación en su capital superior al 10% de la sociedad solicitante.

- Igual planteamiento es predicable en relación con lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo 002 de 17 de julio de 2008, relativo al requisito de acreditar disponibilidad de equipos, por las razones anteriormente expuestas.

De conformidad con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁷ C-497 de 1995 y C-350 de 1997

Primero.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión “superiores o” contenida en el artículo 12 del Acuerdo 001 de 2008, expedida por la Comisión Nacional de Televisión.

Segundo.- DECLÁRASE la nulidad la expresión “*o una participación en su capital superior al 10% del mismo*” del artículo 1 del Acuerdo 002 de julio 17 de 2008 que modificó el artículo 8° del Acuerdo 001 de 11 de abril de 2008, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Tercero.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión “*o sus socios o accionistas que tengan capacidad decisoria o control directo o indirecto o una participación en su capital superior al 10% del mismo*” del artículo 2 del Acuerdo 002 de julio 17 de 2008 que modificó el artículo 10° del Acuerdo 001 de 11 de abril de 2008, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Cuarto.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA