

Estudio de conveniencia y oportunidad para la adjudicación de una nueva concesión de televisión abierta privada nacional

1. Antecedentes	2
2. Marco normativo	3
3. Descripción de la necesidad a satisfacer con la adjudicación de una nueva concesión de TV abierta privada nacional	5
4. Descripción del objeto a contratar	6
5. Objetivos específicos	6
6. Plazo de ejecución del contrato.....	7
7. Fundamentos jurídicos que justifican la modalidad de contratación.....	7
8. Justificación de los factores de selección	7
9. Tipificación, estimación y asignación de riesgos	13
10. Riesgos que asume el concesionario	29
11. Riesgos que asume la Comisión Nacional de Televisión	32
12. Riesgos no asignados.....	34
13. Análisis de garantías.....	34
14. Lugar de ejecución del contrato	37
15. Obligaciones del contratista	37
16. Soporte económico del valor estimado del contrato	39
17. Precio de la concesión	43
18. Forma de pago.....	48
19. Pago de la oferta económica para competir y ser elegido.....	49

1. Antecedentes

En diciembre de 1997, la CNTV adjudicó a Caracol Televisión y a RCN Televisión la concesión para la operación y explotación de dos canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional¹. El plazo de ejecución de los contratos se pactó por 10 años contados a partir de la fecha de inicio de operación, y prorrogables por un lapso igual. En los respectivos contratos de concesión 136 y 140 de 1997, se pactó así mismo una cláusula de exclusividad en virtud de la cual la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) sólo podría otorgar concesiones de canales nacionales a otros operadores privados a partir del vencimiento del término inicial de los contratos.

Ante la proximidad del cumplimiento del plazo inicial de ejecución de los contratos de concesión de los dos canales privados, la CNTV consideró necesario valorar la prórroga de los contratos, y evaluar la viabilidad de la entrada de nuevos operadores de televisión abierta privada nacional, desde el punto de vista técnico, financiero, económico y jurídico. Por tal razón la CNTV suscribió el contrato No. 062 de 2006 con la banca de inversión Equity Investment S.A., el cual tuvo por objeto el asesoramiento en forma integral a la Comisión en el proceso de valoración para las prórrogas de las concesiones y el estudio de viabilidad para la entrada de un tercer operador. El objeto de este contrato no contempló la modelación de escenarios y mercados alternativos que en su momento no se consideraban como indispensables para la determinación del valor de la prórroga de la concesión de los operadores de televisión abierta y el valor de concesión de un nuevo operador.

Analizado el informe de Equity Investment S.A., y las observaciones presentadas por algunos comisionados, se consideró necesario profundizar en ciertos supuestos adoptados por la banca de inversión para su análisis y estudio, con el fin de construir escenarios alternativos que pudieran proveer a la Junta Directiva con mayores elementos de juicio en la decisión de la fijación del valor de las prórrogas de las concesiones de los actuales operadores de televisión privada abierta nacional, y la licencia para un nuevo operador de televisión privada abierta nacional. Para ello, en octubre de 2007, la Junta Directiva autorizó la contratación de dos bancas de inversión a estos efectos. Las bancas de inversión adjudicatarias fueron la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI.

De igual manera, la CNTV en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, mediante contrato No. 116 de 2007, contrató a Ipsos - Napoleón Franco & Cía S.A., con el objeto de elaborar un estudio de hábitos, usos y preferencias de televisión en Colombia, por medio del cual se conocieron, entre otros los siguientes resultados:

- El 67% de los encuestados acostumbra ver televisión todos los días de la semana.
- Para el 57% de los encuestados la televisión es muy importante en su vida.

¹ Contrato No.140 de diciembre 26 de 1.997 (RCN) y contrato No.136 de diciembre 22 de 1997 (Caracol).

- De acuerdo con los encuestados los canales de televisión abierta más vistos corresponden a los nacionales privados CARACOL y RCN.
- El 67% de los encuestados se encuentra a favor de uno o más canales nacionales privados nuevos. Las razones son las siguientes: Quieren más variedad, desean más programación para diferentes públicos, mejor calidad de la televisión, programación y competencia.

La mencionada encuesta en sus conclusiones señala que *“no es de extrañar el amplísimo apoyo que recibe la idea de uno o más canales privados nacionales: 67% a favor Vs. apenas un 7% en contra (...). Las expectativas sobre contenidos de estos nuevos canales van muy en línea con lo ya destacado antes: 53% de las respuestas se refieren a contenidos de tipo cultural y 50% a contenidos “especializados” (cine, deporte, infantil, musical). En general, la audiencia esperaría más alternativas de programación/ contenidos y una mejor programación expresada como buena y variada.”*

Con fundamento en las conclusiones del estudio de viabilidad elaborado por Equity Investment S.A., en las consideraciones regulatorias, legales y técnicas, así como el análisis de los mercados de pauta, laboral y de contenidos y la correspondiente modelación de escenarios realizadas por la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI, y en los hallazgos del estudio realizado por Ipsos - Napoleón Franco & Cía S.A., la Junta Directiva en su sesión del 2 de diciembre de 2008, según consta en el acta No.1466, determinó adjudicar una nueva concesión para prestar el servicio de televisión abierta privada de cubrimiento nacional.

2. Marco normativo

Con relación a la naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión, el artículo 1 de la Ley 182 de 1995 establece lo siguiente:

“La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea.

Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.”

En cuanto a los fines y principios del servicio de televisión, el artículo 2 de la Ley 182 de 1995 establece que:

“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.

Dichos fines se cumplirán con arreglo a los siguientes principios:

- a. La imparcialidad en las informaciones;*
- b. La separación entre opiniones e informaciones, en concordancia con los artículos 15 y 20 de la Constitución Política;*
- c. El respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural;*
- d. El respeto a la honra, el buen nombre, la intimidad de las personas y los derechos y libertades que reconoce la Constitución Política;*
- e. La protección de la juventud, la infancia y la familia;*
- f. El respeto a los valores de igualdad, consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política;*
- g. La preeminencia del interés público sobre el privado;*
- h. La responsabilidad social de los medios de comunicación.”*

El artículo 29 de la Ley 182 de 1995, dispone lo siguiente:

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

Salvo lo dispuesto en la Constitución y la ley, es libre la expresión y difusión de los contenidos de la programación y de la publicidad en el servicio de televisión, los cuales no serán objeto de censura ni control previo. Sin embargo, los mismos podrán ser clasificados y regulados por parte de la Comisión Nacional de Televisión, con miras a promover su calidad, garantizar el cumplimiento de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión, protegen a la familia, a los grupos vulnerables de la población, en especial los niños y jóvenes, para garantizar su desarrollo armónico e integral y fomentar la producción colombiana. En especial, la Comisión Nacional de Televisión, expedirá regulaciones tendientes a evitar

las prácticas monopolísticas o de exclusividad con los derechos de transmisión de eventos de interés para la comunidad y podrá calificarlos como tales, con el fin de que puedan ser transmitidos por todos los operadores del servicio en igualdad de condiciones.

La Comisión Nacional de Televisión reglamentará y velará por el establecimiento y difusión de franjas u horarios en los que deba transmitirse programación apta para niños o de carácter familiar.

Los operadores, concesionarios del servicio de televisión y contratistas de televisión regional darán cumplimiento a lo dispuesto en la ley sobre derechos de autor. Las autoridades protegerán a sus titulares y atenderán las peticiones o acciones judiciales que éstos les formulen cuando se transgredan o amenacen los mismos.

PARÁGRAFO. Todos los canales nacionales, regionales, zonales y locales deberán anteponer a la transmisión de sus programas un aviso en donde se indique en forma escrita y oral la edad promedio apta para ver dicho programa, anunciando igualmente si contiene o no violencia y a su vez la existencia de escenas sexuales para público adulto, esto con el objetivo de brindar un mejor servicio a los televidentes en la orientación de la programación”.

El artículo 48 de la Ley 182 de 1995, estipula que:

“la escogencia de los operadores zonales², 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.”

El artículo 63 de la Ley 182 de 1995 dispone que:

“El Estado reconoce como industria las actividades nacionales de producción vinculadas al servicio de televisión como tal, las estimulará y protegerá”.

3. Descripción de la necesidad a satisfacer con la adjudicación de una nueva concesión de TV abierta privada nacional

Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión, en calidad de ejecutor de la política de televisión, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, el

² El artículo 23 de la Ley 335 de 1996 establece: *‘Para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión ‘Canal Zonal o Canales Zonales’, entiéndase que se trata de Canales Nacionales de Operación Privada. Igualmente cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los Canales Nacionales de Operación Pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión.’*

pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, de conformidad con la Constitución y la Ley.

En desarrollo de sus funciones, y en cumplimiento de los fines que orientan la prestación del servicio, la Comisión Nacional de Televisión considera que un tercer canal de televisión es una forma de brindar una nueva opción de televisión a la población colombiana y a la vez un instrumento para asegurar la generación de recursos que garanticen la sostenibilidad del sector y el mantenimiento y expansión de la red pública de televisión.

4. Descripción del objeto a contratar

El objeto de la presente Licitación es la Adjudicación del contrato de Concesión para la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3, en las condiciones y términos que se determinan en el Pliego de Condiciones.

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. El concesionario será programador, administrador y operador del Canal, en la frecuencia o frecuencias asignadas.

La operación y explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional que se adjudicará estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia, regulación y control de la Comisión Nacional de Televisión.

5. Objetivos específicos

- El cumplimiento de los fines y principios del servicio de televisión en Colombia y de lo establecido en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.
- El fomento de la producción vinculada al servicio público de televisión y en general de la industria de la televisión, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 182 de 1995.
- La introducción un mayor dinamismo en el mercado de la pauta publicitaria, teniendo en cuenta el crecimiento del inventario de minutos para pauta y la demanda insatisfecha de los grandes, medianos y pequeños anunciantes.
- La necesidad de incentivar la diversidad y la oferta de contenidos de la televisión colombiana.

- La mayor pluralidad informativa y en consecuencia, el fortalecimiento de la democracia.
- La atracción de inversión extranjera directa en la industria de la televisión en el país.
- Los requerimientos de recursos para el financiamiento de la televisión pública en los próximos años.

6. Plazo de ejecución del contrato

El plazo de ejecución del contrato será de diez (10) años, contados a partir de la fecha de inicio de operación del Canal Nacional de Operación Privada No.3, prorrogables en los términos de la ley.

7. Fundamentos jurídicos que justifican la modalidad de contratación

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, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato a celebrar (concesión), y particularmente, porque así lo establece el artículo 48 de la Ley 182 de 1995 en los siguientes términos:

“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.”

8. Justificación de los factores de selección

El ofrecimiento más favorable para la Comisión Nacional de Televisión se determinará de conformidad con lo establecido en el literal a) del numeral 3 del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008, esto es, mediante *“La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes ó fórmulas señaladas en el pliego de condiciones”*.

La CNTV exigirá el cumplimiento de una serie de requisitos habilitantes para garantizar el cumplimiento de las exigencias legales contenidas especialmente en las leyes 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001. En particular a través de ellos se buscará garantizar que se sigan conservando la experiencia, profesionalismo y capacidad técnica, capacidad financiera, disponibilidad de equipos y estructura organizacional que fueron objeto de evaluación y calificación para obtener su clasificación e inscripción en el RUO.

Así mismo se busca garantizar la calidad del diseño técnico, la capacidad de inversión para desarrollo del mismo, la capacidad de cubrir áreas no servidas, la viabilidad

económica de programación del servicio, y que se cuenta con la capacidad económica suficiente para cumplir con el plan de inversión correspondiente

Una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos habilitantes, la CNTV ponderará los siguientes factores de calificación, de acuerdo con lo establecido en los literales b) y l) de la Ley 182 de 1995, el artículo 49 de la Ley 1098 de 2007 y el artículo 63 de la Ley 182 de 1995:

i) Mejoramiento del Plan Básico de Programación:

- a) Número de medias horas semanales de Programación Infantil
- b) Número de medias horas semanales de Programación de Opinión
- c) Mayor porcentaje de programación de producción nacional
- d) Número de géneros no cubiertos suficientemente y de medias horas semanales de estos géneros.

ii) Oferta Económica para Competir y ser Elegido.

En las tablas que se encuentran a continuación se indican cada uno de los factores de calificación, el puntaje máximo que se puede obtener por cada uno de ellos y el ponderador que será tenido en cuenta en la suma:

Factores	Peso Relativo
Mejoramiento del Plan Básico de Programación	50%
Oferta Económica para Competir y ser Elegido	50%

No. Factor		Factor	Puntuación Máxima	Ponderador Intermedio	Ponderador (Pi)	
F1	Programación	Mayor porcentaje de programación de producción nacional	200	25%	12.5%	P1
F2		Mayor número de medias horas semanales de programación infantil	200	25%	12.5%	P2
F3		Mayor número de medias horas semanales de programación de opinión	200	25%	12.5%	P3
F4		Mayor número de géneros no cubiertos suficientemente y de medias horas semanales de programación de estos géneros	200	25%	12.5%	P4
F5	Económico	Oferta económica para competir y ser elegido	200	100	50.0%	P5
TOTAL			1.000	N.A.	100%	

Las ofertas de cada factor se calificarán así (excepto para el factor “Número de géneros no cubiertos suficientemente y de medias horas semanales de programación de estos géneros”, que se calificará como se indica más adelante expresamente para él):

Oferta	Puntaje
A	P_i^{max}
B	$\frac{B}{A} * P_i^{max}$
C	$\frac{C}{A} * P_i^{max}$

Dónde:

- A = mejor oferta, medida en la unidad que corresponda de acuerdo con el factor que se esté evaluando
- B = segunda oferta, medida en la unidad que corresponda de acuerdo con el factor que se esté evaluando
- C = tercera oferta, medida en la unidad que corresponda de acuerdo con el factor que se esté evaluando

El puntaje máximo total (X) que puede obtener un Proponente (Y) es mil (1.000) puntos. El puntaje obtenido por un Proponente (Xy) será el resultado de realizar la suma ponderada de los factores de calificación (F).

La ecuación por **comprensión** con fundamento en la cual se calculará el puntaje del Proponente es:

$$X_Y = \sum_{i=1}^5 F_i P_i$$

La ecuación por **extensión** con fundamento en la cual se calculará el puntaje del Proponente es:

$$X_Y = F_1 * P_1 + F_2 * P_2 + F_3 * P_3 + F_4 * P_4 + F_5 * P_5$$

Los resultados obtenidos por el Proponente en cada factor serán incorporados en la fórmula precedente para determinar el puntaje de la oferta (Xy).

Con relación al cuarto factor (F4) -Número de géneros no cubiertos suficientemente y de medias horas semanales de programación de estos géneros- su puntuación se realizará de la siguiente manera:

- El cincuenta por ciento (50%) del valor de este factor corresponderá al número de géneros no cubiertos suficientemente, ofrecidos por el proponente y se calculará multiplicando el número de géneros ofrecidos por 1,25%.
- El cincuenta por ciento (50%) del valor de este factor corresponderá al número total de medias horas de programación de estos géneros ofrecida y se calculará así:

$$\frac{\text{Número de medias horas Proponente evaluado}}{\text{Mayor número de medias horas de programación ofrecidas por estos géneros}} \times 6.25\%$$

La propuesta que obtenga un mayor puntaje obtendrá el primer lugar del Orden de Elegibilidad, y las demás se ubicarán a continuación de ella en orden descendente.

Se entenderá que existe un empate técnico cuando la diferencia entre el puntaje total de una de las ofertas sea igual o inferior al diez por ciento (10%) del puntaje total sobre la Propuesta que haya obtenido la mayor puntuación, y así mismo cuando el puntaje más alto sea obtenido por dos (2) o más proponentes.

En los anteriores eventos, la audiencia de Adjudicación se suspenderá por treinta (30) minutos para que los Proponentes formulen una Oferta Económica de Mejoramiento que deberán introducir inmediatamente después de finalizar la suspensión, dentro de la urna dispuesta por la Comisión Nacional de Televisión para este efecto. A este efecto, quien presida la audiencia de Adjudicación anunciará la finalización de la suspensión de la audiencia y preguntará en voz alta a cada uno de los Proponentes empatados si están interesados en presentar una Oferta Económica de Mejoramiento, debiendo los Proponentes que respondan afirmativamente introducir inmediatamente su Oferta Económica de Mejoramiento en la urna, de todo lo cual se dejará constancia en el acta de la audiencia.

Una vez se hayan depositado todas las Ofertas Económicas de Mejoramiento en la urna, quien presida la audiencia procederá a dar apertura a la urna y leerá en voz alta las Ofertas Económicas de Mejoramiento presentadas.

La Oferta Económica de Mejoramiento deberá presentarse en un sobre cerrado, en el formato entregado en la audiencia por la Comisión Nacional de Televisión, expresando en letras y números la suma de dinero que ofrece el Proponente por encima de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido más alta formulada por cualquiera de los Proponentes. En caso de discordancia entre las cifras indicadas en letras y números, primará la cifra indicada en letras.

El empate se dirimirá a favor del proponente que presente la Oferta Económica de Mejoramiento más alta; en el evento en que realizado el procedimiento anteriormente descrito el empate persista, los Proponentes empatados podrán presentar una nueva Oferta Económica de Mejoramiento tantas veces como sea necesario hasta dirimir el empate.

Es entendido que por el sólo hecho de la presentación de la Oferta Económica de Mejoramiento, el Proponente se obliga, en el evento de ser Adjudicatario, a pagar la suma de dinero de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido más alta presentada por cualquiera de los Proponentes, más la suma de dinero ofrecida en su Oferta Económica de Mejoramiento.

(i) Elementos que se tomarán en cuenta para la ponderación: Mejoramiento del Plan Básico de Programación

Se tomará como factor de selección la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones, así como de evitar los abusos de posición dominante en el mercado como las prácticas restrictivas de la libre competencia. Adicionalmente se garantiza el interés superior de la niñez y la familia, a través de la preservación y ampliación de las franjas infantiles y juveniles; y la promoción de la industria de la televisión y de las actividades nacionales de producción vinculadas a ésta. Para ello se valorará el número de medias horas de programación infantil y de opinión ofrecida, así como el mayor porcentaje de programación nacional en el horario comprendido entre las 10:00 y las 19:00 horas, mediante el mejoramiento del Plan Básico de Programación de la siguiente manera:

- Número de medias horas semanales de radiodifusión de Programación Infantil dentro de las 7:00 y las 21:30 horas.
- Número de medias horas semanales de radiodifusión de Programación de Opinión dentro de la franja de las 19:00 a las 23:00 horas.
- Mayor porcentaje de programación de producción nacional por encima del cincuenta por ciento (50%) consagrado en el literal a) del artículo 33 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 4 de la Ley 680 de 2001, para la programación que se radiodifunde en el horario comprendido entre las 10:00 y las 19:00 horas.
- Número de géneros no cubiertos suficientemente y de medias horas semanales de estos géneros.

Los géneros no cubiertos suficientemente son los siguientes, de acuerdo con los resultados de la citada encuesta contratada por la comisión Nacional de Televisión y realizada por Ipsos Napoleón Franco:

- Programación de Documentales
- Cine o Películas
- Programación de Musicales
- Programación de Humor
- Programación de Deportes

El Proponente podrá ofrecer la radiodifusión de uno o más de estos géneros y el número de medias horas que ofrecerá de cada uno.

La duración de estos Programas deber ser de mínimo treinta (30) minutos y podrán presentarse en cualquier horario.

NOTA: El proponente deberá tener en cuenta que cada media hora que ofrezca se deberá clasificar en uno solo de los factores objeto de calificación. Por ejemplo, si el proponente ofrece la radiodifusión de Programación Infantil del género cine o película, el Proponente deberá determinar si lo ofrece para acreditar oferta de Programación

Infantil o si lo ofrece para acreditar oferta de Géneros No Cubiertos Suficientemente, sin que en ningún evento pueda ser contabilizado en los dos factores.

Con lo anterior:

- Se promueve la programación para la familia y la niñez.
- Se promueve la industria de la televisión y la producción nacional.
- Se promueve mayor oferta para los televidentes.
- Se promueve la diversidad y oferta de géneros en la televisión colombiana.
- Se promueve la pluralidad informativa y el fortalecimiento de la democracia.
- Se promueve una programación más ventajosa para el interés público

El sustento normativo de esta propuesta de calificación se encuentra en las siguientes disposiciones:

LEY 182 DE 1995

Artículo 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:

(...)

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.

(...)

l) Igualmente se tendrá en cuenta como criterios de evaluación adicionales a los previstos en el literal b) de este artículo, la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones, así como de evitar los abusos de posición dominante en el mercado como las prácticas restrictivas de la libre competencia;

(...)

n) Además de los establecidos en el literal b) los criterios de adjudicación que se deberán tener en cuenta son: experiencia, capacidad y profesionalismo.”

Artículo 63. *“De la industria de televisión. El Estado reconoce como industria las actividades nacionales de producción vinculadas al servicio de televisión y como tal, las estimulará y protegerá.”*

LEY 335 DE 1996

Artículo 5. “La Comisión Nacional de Televisión reglamentará las franjas de audiencia y fijará el número de horas de emisión diaria a los concesionarios de televisión pública y privada, a fin de garantizar su igualdad de competencia y cumplir a cabalidad con los fines y servicios del servicio público de televisión.”

LEY 1098 DE 2006 (LEY DE INFANCIA)

Artículo 49. “Obligación de la Comisión Nacional de Televisión. La Comisión Nacional de Televisión o quien haga sus veces garantizará el interés superior de la niñez y la familia, la preservación y ampliación de las franjas infantiles y juveniles y el contenido pedagógico de dichas franjas que asegure la difusión y conocimiento de los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes consagradas en la presente ley. Así mismo, la Comisión Nacional de Televisión garantizará que en la difusión de programas y materiales emitidos en la franja infantil no se presentarán escenas o mensajes violentos o que hagan apología a la violencia”.

(ii) Elementos económicos que se tomarán en cuenta para la ponderación: Oferta Económica para Competir y ser Elegido.

El Precio de la Concesión será el fijado por la Comisión Nacional de Televisión en la resolución de Adjudicación, y corresponderá al Precio Base de sesenta y nueve mil doscientos setenta y seis millones de pesos (\$69.276.000.000) (en adelante “Precio Base”), definido en su sesión del 7 de enero de 2009 según consta en el Acta No.1480, más la Oferta Económica para Competir y ser Elegido presentada por el Proponente Adjudicatario.

El proponente podrá ofertar el pago de un valor adicional al Precio Base de la Concesión expresado en pesos colombianos, y dicha Oferta será objeto de ponderación con los elementos de calidad anteriormente señalados.

9. Tipificación, estimación y asignación de riesgos

9.1. Marco normativo

La Comisión Nacional de Televisión debe tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles que pueden afectar el equilibrio económico del contrato de concesión para la operación y explotación del canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional No.3 conforme a las disposiciones normativas que se enuncian a continuación:

Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. “Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. (...)”.

Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008. “Para los efectos previstos en el

artículo 4 de la Ley 1150 de 2.007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.

La entidad en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo. Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego, o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica de la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsible efectuada por la entidad en dicho pliego. (...)

Se entiende por tipificación de los riesgos la enunciación de aquellas contingencias previsible que pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del contrato.

Por estimación del riesgo, se entiende la valoración en términos de la composición del riesgo, su impacto y probabilidad de ocurrencia, que se hace de acuerdo con la tipificación establecida y con base en la información disponible.

La asignación del riesgo consiste en el señalamiento de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención.

En cumplimiento de las disposiciones citadas en precedencia, la Comisión Nacional de Televisión tipifica, estima y asigna en el presente documento los riesgos previsible que pueden alterar el equilibrio económico del contrato, bajo el entendido que con fundamento en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal en la materia, las aleas normales, inherentes a la ejecución del objeto contractual, corresponden exclusivamente al concesionario.

9.2. Fundamentos de la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsible

La estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible se encuentra soportada en los estudios realizados por las Bancas de Inversión Unión Temporal Correal-CGI y

Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta, y en el Informe de Asesoría presentado por el doctor Alberto Carrasquilla Barrera, en el marco de la consultoría para determinar el valor de la prórroga de los concesionarios de televisión abierta privada nacional, el valor de la concesión para un nuevo operador de televisión abierta privada nacional y la viabilidad de ingreso de operadores adicionales.

Las Bancas de Inversión realizaron su análisis tomando en consideración las políticas que sobre el tema de riesgos resultan aplicables a la contratación pública. Para ello tomaron como base los Documentos CONPES 3107 de 2001 sobre *“Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de Participación Privada en Infraestructura”* y 3133 de 2.001 *“Modificaciones a la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de Participación Privada en Infraestructura CONPES 3107”*.

Aunque por supuesto la naturaleza del contrato de concesión para la operación y explotación del servicio de televisión abierta nacional implica que la estimación, tipificación y asignación de riesgos se realice conforme a sus particularidades, el análisis de los mismos desde la perspectiva de los parámetros dados por los documentos CONPES delineó los aspectos generales para la identificación de los riesgos, y a partir de allí se tuvieron en cuenta las particularidades de la naturaleza de la concesión para la operación y explotación de un canal de televisión privada y las variables del contrato que determinan su equilibrio financiero y su afectación por cuenta de la asunción de riesgos.

9.2.1. Criterios para la asignación de riesgos previsible

Los riesgos previsible derivados del contrato serán asignados de acuerdo con el principio según el cual, *“una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla”*, criterio establecido por el Gobierno Nacional a través del Documento CONPES 3107 de 2001, en el cual se señala:

“Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.”

Si bien es cierto, la Comisión Nacional de Televisión no está sometida al régimen obligatorio de contingencias estatales³ consagrado por la Ley 448 de 1998 y por el decreto 423 de 2001, se ha considerado prudente observar las disposiciones de dicho régimen que prevé, entre otras cosas, la obligación para las entidades estatales sometidas al régimen allí previsto, de *“ajustarse a la política de riesgo contractual del Estado, conformada por los principios, pautas e instrucciones que determine el*

³ Sin perjuicio de la observancia de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2005 sobre pasivos contingentes provenientes de las operaciones de crédito público en las que la Comisión Nacional de Televisión actúe en condición de garante de obligaciones de pago.

Gobierno Nacional, para la estipulación de obligaciones contingentes a su cargo” (artículo 15 del decreto 423 de 2001), política de riesgo contractual cuya orientación se asigna al CONPES “a partir del principio de que corresponde a las entidades estatales asumir los riesgos propios de su carácter público y del objeto social para el que fueron creadas o autorizadas, y a los contratistas aquéllos determinados por el lucro que constituye el objeto principal de su actividad” (artículo 16 del Decreto 423 de 2001).

9.2.2. Contextualización del contrato de concesión para la operación y explotación de un canal de televisión

El contrato de concesión está definido en la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Por su parte el artículo 46 de la Ley 182 de 1995 *“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”, establece lo siguiente:*

“La concesión es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la junta directiva de la comisión nacional de televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.”

En el presente caso, mediante el contrato de Concesión a celebrar, el concesionario tendrá a su cargo la prestación del servicio público de televisión en todo el territorio nacional, mediante la operación y explotación del Canal asignado, y en tal calidad deberá ser programador, administrador y operador del Canal.

De lo anterior se deriva que al concesionario se le otorga autonomía para la explotación y operación del servicio público de televisión, y por ende el servicio se explota “por cuenta y riesgo” del concesionario, proviniendo su remuneración de varias fuentes,

entre ellas la venta de pauta publicitaria cuyo precio no está regulado por el Estado, de suerte que por definición, el riesgo comercial y operacional está en cabeza del concesionario.

En este sentido en el Laudo Arbitral del 29 de abril de 2008 proferido en relación con un contrato de concesión para la operación y explotación de un canal de televisión de operación privada de cubrimiento nacional como el que pretende celebrarse, se afirmó:

“1.- Cuando el legislador dispone que el concesionario obra - por su cuenta y riesgo- lo hace considerando que éste, de una parte acomete la ejecución del contrato con sus propios recursos y, de otra parte, sobre la base de que cuenta con cierta autonomía para realizar sus inversiones y para organizar la prestación o explotación del servicio o la obra. Y es precisamente en virtud de que el concesionario cuenta con cierta autonomía empresarial en la ejecución del contrato, que se considera que a él le corresponderá asumir sus riesgos.

(...)

“2.- La concepción objetiva de la responsabilidad que se adopta en la regulación de los contratos estatales, al vincular la obligación de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera a la circunstancia que causó su ruptura y no a la culpa o al incumplimiento mismo de los compromisos contractuales, determina que el Estado sólo se exonere de la obligación de reparar cuando acredite que la ecuación financiera del contrato se ha roto por causas imputables al propio Contratista.

*Esa concepción objetiva de la responsabilidad contractual, permite explicar la atribución del riesgo en el contrato de concesión al Contratista cuando éste ejecuta el contrato con autonomía empresarial, pues en tal caso, el riesgo propio de la empresa recae sobre su explotador o, para usar un término propio de esta teoría, recae en su guardián en la medida en que éste es el que recibe sus beneficios y detenta su control.*⁴(Destacado fuera de texto)

Ahora bien, en materia de riesgos, las particularidades del contrato de Concesión que pretende celebrarse, exigen que el tema deba manejarse atendiendo a la naturaleza y previsiones propias de dicho contrato. Para ello, lo primero que debe tomarse en consideración es que en la medida en que el contrato de concesión está vinculado a un servicio público es necesario acompasar en todo caso tal circunstancia a la previsión legal que prevé que este tipo de contrato se celebra por cuenta y riesgo del concesionario, ya que en todo caso no pueden trasladarse al concesionario las cargas propias de la prestación de un servicio público en el cual tiene interés la colectividad, y de allí que se prevea la asunción por parte de la Comisión Nacional de Televisión de los efectos derivados de la aplicación de la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión en los términos definidos en el contrato.

⁴ Tribunal de Arbitramento de RCN TELEVISIÓN S.A. y la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Árbitros: Martín Bermúdez Muñoz, Ximena Lombana Villalba, y Julio Roberto Nieto. Laudo de 29 de Abril de 2008.

No obstante, se “*debe considerar también los intereses que persigue el Contratista y los riesgos que asume para conseguirlos*”⁵, aspecto sobre el cual, la jurisprudencia arbitral sentada por el laudo en cita señaló:

“5.- En estos casos, al celebrar el contrato las partes tienen por objetivo a) otorgar la prestación de un servicio público y b) realizar un negocio lucrativo para las dos partes.

*Si se compara la situación de un concesionario cuyo propósito es simplemente prestar un servicio público y obtener una utilidad razonable por realizar una actividad en la cual obra como colaborador del Estado, con la de quien, a sabiendas del interés económico que persigue el mismo Estado al otorgar en concesión la explotación de un bien público y pretende adicionalmente realizar un buen negocio o aprovechar una oportunidad y en desarrollo de esa finalidad está dispuesto a realizar una importante inversión, parece lógico admitir que éste último, estuvo dispuesto a asumir un riesgo distinto al de su co-contratante. Y lo anterior impone concluir que, para determinar el riesgo asumido en el segundo caso, resulte necesario tener en cuenta el interés particular asumido por el Contratista.”*⁶

9.2.3. Fundamentos jurisprudenciales

A continuación se transcribe en lo pertinente algunos apartes del laudo arbitral en cita por la relevancia que revisten en la identificación y distribución de los riesgos previsible en el contrato de concesión para la operación y explotación de un canal de televisión:

“11.- En este contrato el concesionario no recibe su remuneración de una tarifa pagada por el usuario, pues se trata de la concesión de un canal público.

La regulación estatal de la prestación del servicio público de televisión, que evidentemente comprende aspectos que tienen impacto en los ingresos del concesionario, entre los cuales debe destacarse la regulación de la programación y la obligación de prestar el servicio dentro de la extensión geográfica prevista en el contrato, no se dirige a la regulación de la tarifa al usuario, lo que resulta esencial al momento de establecer los riesgos asumidos por las partes con base en la consideración relativa al control que cada una tiene sobre ellos.

(...)

12.- En el presente caso, tal como quedó acreditado en el curso del proceso, el Operador del Canal cuenta con libertad para fijar las tarifas por pauta publicitaria y las determina discrecionalmente de acuerdo con sus

⁵ Ibídem

⁶ Ibídem

estrategias de mercado, lo que permite concluir que una parte del riesgo relativo a su ingreso depende en alguna medida de su propio manejo.

(...)

Al estar determinado legalmente que el valor de la concesión debía ser establecido por la CNTV, en un precio fijo que debían aceptar los proponentes, resulta claro que lo que éstos debían calcular era si la estructura financiera del negocio, que debía ser proyectada por ellos mismos les permitía amortizar el valor de la concesión - cuyo monto y forma de pago estaba determinada de manera inmodificable por la Concedente - y prestar el servicio en las condiciones establecidas en el pliego, particularmente teniendo en cuenta las inversiones necesarias para hacerlo con la programación y con la cobertura determinadas por la Contratante.”⁷

9.3. Análisis de riesgos previsible de las bancas de inversión

Las Bancas de Inversión realizaron el análisis de riesgos correspondiente, conforme a la normatividad vigente y los lineamientos dados por el CONPES, de la siguiente manera:

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
Comercial	<p>“Este riesgo (el comercial) es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio.”</p> <p>“Riesgo de Demanda: este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como, la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros.”</p> <p>“Riesgo de Cartera: se refiere al no pago por parte de los usuarios, o la evasión del mismo (...).”</p>	<p>“En este caso, las dos manifestaciones del riesgo comercial deberían ser asignadas al concesionario”</p>
De Construcción	<p>“Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida en que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de</p>	<p>“En este caso este riesgo se asocia a la construcción de la red requerida para la prestación del servicio, el cual debe ser asignado al concesionario, no sólo por ser éste el que ejecuta la obra, sino por ser su propietario, en tanto sobre estos bienes no ha de pactarse la cláusula de reversión, tal como lo dispone el literal h)</p>

⁷ Ibídem

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
	equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. (...)”	del artículo 48 de la Ley 182 de 1.995. No obstante lo anterior, habrá de tenerse en cuenta que las variaciones en las exigencias técnicas de la red posteriores al proceso de selección, podrían llegar a ser consideradas como un riesgo para el concesionario que éste no está obligado a soportar”.
De Operación	<p>“El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costo de los insumos; y a la interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.</p> <p>“(..)La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que este tiene mayor control sobre la operación (...). Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica”.</p>	<p>“Este riesgo debe ser asignado al concesionario, en tanto también se le asigne la responsabilidad sobre la red por la cual se efectúa la transmisión. De imponerse una red al concesionario -como ocurre en el caso de los contratos de concesión de espacios de televisión que deben usar la red de RTVC- la CNTV asume el riesgo por la disponibilidad de la red y su correcto funcionamiento, lo cual puede dar lugar a controversias judiciales como la generada en el caso de NTC Televisión, concesionario que debió ser indemnizado como consecuencia de la indisponibilidad de la red pública”</p>
Financiero	<p>“Este riesgo [de financiación] tiene dos componentes: i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas).Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado. “(...) Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento del proyecto.</p> <p>“Las entidades estatales podrán diseñar soportes de liquidez para los proyectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, por un período de tiempo limitado, y así facilitar la obtención de financiación en condiciones más favorables en términos de plazos, períodos de gracia y tasas de interés. En la medida que este tipo de soportes de liquidez están</p>	<p>“Tal como lo señala el Documento CONPES, el riesgo de consecución de financiación no sólo depende de la asignación que del mismo se haga en el contrato -que debe apuntar hacia el concesionario- sino de que la estructura de dicho contrato tenga tales características que resulte satisfactorio para los financiadores. De hecho, la certeza que ofrezca el contrato puede influir de manera directa en las condiciones de la financiación (especialmente en la tasa) y por lo tanto, en el costo del proyecto, lo que a su vez determina las condiciones de la oferta”</p>

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
	<p>dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre del proyecto, en ningún caso podrá ser interpretados como una garantía de riesgo comercial”</p>	
<p>Cambiarío</p>	<p>“El riesgo cambiario se refiere a la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas. Por ejemplo, se da cuando los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda, y por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. De igual manera cuando el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.</p> <p>“La financiación en divisas puede ser más conveniente, o necesaria, para proyectos que por los montos y plazos de sus inversiones requieren grandes cantidades de deuda que no se puedan financiar en su totalidad en el mercado local. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado.</p> <p>“Para proyectos con altos requerimientos de inversión y cuyos ingresos sean en moneda local, como mecanismo de mitigación las entidades estatales podrán estructurar mecanismos tales como soportes financieros, según lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2.001, que provean recursos para cubrir parcialmente eventuales faltantes de liquidez por fluctuaciones en tasas de cambio, con el objeto de facilitar la financiación externa del proyecto en condiciones más favorables. En la medida que este tipo de soportes de liquidez están dirigidos a ofrecer a los financiadores un mayor nivel de certidumbre sobre el servicio de la deuda durante el período de mayor estrechez del flujo de caja libre, en ningún caso podrá ser interpretados como una garantía de riesgo comercial”</p>	<p>“Dado que en este caso es el concesionario quien determina las condiciones de los contratos que habrán de generarle sus ingresos, lo cual puede incluir la denominación de la moneda en la que se pactan, así como la moneda en la que asume los créditos necesarios para el desarrollo del proyecto y los gastos derivados del mismo, este riesgo deberá ser asignado de manera íntegra al concesionario”</p>

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
Regulatorio		<p>“Riesgo de modificación en la regulación de televisión</p> <p>En el caso de los contratos de concesión para la prestación del servicio de televisión abierta nacional, es evidente que -en lo que se refiere a la regulación propiamente dicha- el control de la regulación lo tiene la propia CNTV, única autoridad en materia de regulación de la televisión en Colombia.</p> <p>Esta condición de la CNTV genera dos situaciones relevantes: De una parte, que el riesgo regulatorio propiamente dicho no es trasladable al concesionario, en tanto se encuentra bajo el control pleno del contratante. Por otra parte, bajo estas condiciones resulta deseable la existencia de un marco regulatorio sólido y estable con antelación a la suscripción de los contratos de concesión, en tanto los cambios en la regulación que tengan la virtud de impactar las finanzas del contrato, podrían ser considerados como la realización de este riesgo, y como consecuencia de ello, podrían dar lugar a la obligación de indemnizar al concesionario.</p> <p>Si bien la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-551, MP Alejandro Martínez caballero y Fabio Morón Díaz. Sentencia C-350-97, MP Fabio Morón Díaz) ha dejado claro que la CNTV está investida de las facultades necesarias para modificar la regulación en materia de televisión y que tales modificaciones sean obligatorias para los concesionarios pese a que al momento del contrato hubiese otra regulación vigente -lo cual, en aras de la adecuada prestación del servicio, contraría el principio general de incorporación de las normas en los contratos-, no se ha pronunciado sobre la responsabilidad que para ésta se puede derivar en aquellos eventos en que, pese a expedir una norma lícita en uso de sus facultades, cause una lesión en la economía del contrato de concesión</p>

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
		<p>suscrito.</p> <p>De conformidad con lo anterior, la Comisión Nacional de Televisión mantendría sus facultades para la regulación de contenidos, no obstante la habilitación para la prestación del servicio se encuentre contenida en contratos de concesión. Sin embargo, al tratarse de modificaciones a acuerdos contractuales válidamente celebrados, la expedición de nuevas regulaciones puede dar lugar a posteriores reclamaciones por parte de los concesionarios, con fundamento en supuestos desequilibrios económicos de los contratos derivados de la nueva regulación, aspecto este no excluido por la Corte Constitucional.</p> <p>Riesgo de modificación de las normas generales</p> <p>Uno de los más importantes riesgos regulatorios es la variación de las normas tributarias, que en principio, debería ser asumido por el inversionista privado. Sin embargo, las variaciones en la legislación tributaria han sido consideradas en reiteradas ocasiones como una manifestación del hecho del príncipe, capaz de alterar la ecuación contractual y de generar la obligación de indemnizar a cargo de la entidad contratante.</p> <p>Consideramos que al momento de la elaboración de la minuta del contrato se haga de manera expresa la asignación de este riesgo al concesionario, sin perjuicio de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales que sobre esta materia pueden suscitarse”</p>
Fuerza Mayor		<p>“Al respecto, resulta recomendable para la entidad efectuar una debida diligencia sobre el estado de la asegurabilidad de riesgos como ataques terroristas, sabotajes, daños por guerra o huelgas entre otros, en tanto de existir seguro para éstos, podrán ser trasladados al concesionario y no asumidos por la entidad. Lo anterior resulta</p>

Riesgo	Documento CONPES 3107 de 2001	Consideraciones Bancas de Inversión
		especialmente relevante al momento de la redacción de la cláusula de garantías en la minuta del contrato”

9.4. Análisis de riesgos

Para el análisis y la valoración de los riesgos previsibles se ha tomado como premisa la naturaleza conmutativa, pero igualmente la de contrato a cuenta y riesgo del concesionario, del contrato de concesión de operación y explotación de un canal nacional de operación privada.

9.4.1. Identificación y composición de los riesgos previsibles

9.4.1.1. Riesgo comercial

El riesgo comercial de la concesión está asociado a: (i) el comportamiento de la pauta; (ii) el comportamiento de la audiencia; (iii) las variaciones de la tecnología; y (iv) las variaciones en la rentabilidad del negocio y en la obtención de utilidades o pérdidas.

9.4.1.1.1. Mercado de pauta publicitaria

Este factor parte de considerar que la operación y explotación del canal de televisión de operación privada a concesionar es una actividad que se encontrará en competencia con la operación y explotación de otros canales de televisión abierta nacional, regional y local, y otros instrumentos y medios entre los que se distribuye la inversión publicitaria y el mercado de pauta.

9.4.1.1.2. Variaciones tecnológicas

Dentro de estas se encuentran las variaciones, implementación o aparición de tecnología, incluyendo pero sin limitarse a aquellas que permitan la aparición de servicios diferentes de la televisión abierta nacional, que puedan considerarse sustitutos directos de dicho servicio o que sin serlo, generen un desplazamiento de la pauta publicitaria o de la audiencia hacia tales servicios.

9.4.1.1.3. Comportamiento de la audiencia

Comprende la variación en los comportamientos de la audiencia, incluyendo pero sin limitarse a (i) la preferencia de la audiencia por otros canales nacionales o extranjeros emitidos de manera abierta o cerrada; y (ii) la migración de la audiencia hacia otras formas de entretenimiento o de comunicación diferentes de la televisión abierta nacional.

9.4.1.1.4. Variaciones en la rentabilidad del negocio y en la obtención de utilidades o pérdidas

9.4.1.2. Riesgo de construcción

Este riesgo se asocia a la elección de la red a utilizar, y a su construcción en el evento en que se opte por esta alternativa. Debe considerarse además que en ningún evento la propiedad corresponde a la entidad, como quiera que en observancia de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 182 de 1.995 no se pacta la reversión.

9.4.1.3. Riesgo de operación

El concesionario debe (i) cumplir con el Plan Básico de Programación y con el que proponga en su oferta de mejoramiento del mismo; (ii) cumplir con el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica y de Red Digital, y (iii) garantizar la continuidad del servicio. Los costos en que deba incurrir el concesionario para garantizar que la infraestructura concesionada cumpla con dicho estado de condición son riesgo del concesionario.

Por lo anterior, el riesgo de operación se compone por:

- El comportamiento del mercado de contenidos para televisión.
- La variación de los costos de disposición, ensanche, operación, mantenimiento o Administración de la Red por parte del concesionario.
- La transición de la televisión analógica a la digital.
- Los daños, perjuicios o pérdidas de bienes.
- Las variaciones en los componentes necesarios para la cabal ejecución del contrato.

9.4.1.3.1 Comportamiento del mercado de contenidos para televisión

Dentro de este se encuentran las variaciones del mercado de contenidos para televisión, incluyendo pero sin limitarse a (i) la variación en los costos para la adquisición de contenidos previamente producidos en Colombia o en el extranjero; (ii) la variación en los costos para la adquisición de formatos o ideas para la producción propia; y (iii) la variación en los costos de los insumos, bienes, equipos, servicios, mano de obra y cualquier otro insumo requerido para la producción propia de los contenidos a ser emitido por el concesionario.

9.4.1.3.2. Variación de los costos de disposición, ensanche, operación, mantenimiento o administración de la red por parte del concesionario

Toda vez que es una obligación contractual del concesionario obtener los resultados previstos en materia de cubrimiento y calidad de la transmisión y en los plazos establecidos en el cronograma del Plan de Expansión de Cobertura que hará parte del Pliego de Condiciones, en este factor se incluyen las variaciones en los precios de mercado de los insumos, bienes, equipos, servicios, mano de obra y cualquier otro recurso necesario para la disposición, operación, administración, mantenimiento o ensanche de la red, analógica y digital.

9.4.1.3.3 Transición de la televisión analógica a la digital

Se refiere al proceso de transición de la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida de forma analógica, a la prestación de este servicio de forma digital, lo cual incluye pero no se limita a los aspectos técnicos asociados a las modificaciones de la red, la respuesta de la audiencia y de los anunciantes a las nuevas condiciones de prestación del servicio, la viabilidad de nuevos esquemas de negocio y en general, cualquier contingencia derivada de la digitalización de la red y las nuevas condiciones de prestación del servicio.

9.4.1.3.4 Daños, perjuicios o pérdidas de bienes

Alude a los daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes de la Comisión Nacional de Televisión, sin perjuicio de su facultad de exigir a dichos terceros la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello hubiere lugar.

9.4.1.3.5. Variaciones en los componentes necesarios para la cabal ejecución del contrato

En este factor se encuentran las variaciones de los componentes económicos, técnicos y de mercado, necesarios para cumplir las obligaciones del concesionario necesarias para la cabal ejecución del contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios, valoraciones y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos técnicos utilizados, la selección del contenido emitido, los equipos y materiales requeridos, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros.

9.4.1.4. Riesgo financiero

Se refiere a las variaciones de las condiciones financieras del proyecto y en general a los riesgos financieros del mismo (el riesgo de consecución de financiación y el riesgo de las condiciones financieras plazos y tasas), y debe asignarse teniendo en cuenta que es el concesionario quien conoce de manera más clara y directa las necesidades de caja del proyecto y de acuerdo con ellas establece los créditos que ha de contraer, y conseguir la financiación del proyecto.

9.4.1.4.1. Variaciones en los mercados financieros, o en las condiciones de financiación disponibles para el concesionario

Se refiere a la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de cambios en las variables del mercado, y presupone toda la obligación contractual del concesionario de obtener la completa financiación para la ejecución del contrato, sin que existan cubrimientos o compensaciones de parte de la Comisión Nacional de

Televisión, como consecuencia de la variación supuesta o real entre cualquier estimación inicial de las condiciones de financiación frente a las realmente obtenidas.

9.4.1.5. Riesgo cambiario

Alude al riesgo de la variación de la tasa de cambio del peso frente a la moneda elegida en los contratos por los que opte el concesionario para la generación de ingresos, así como en los créditos para el desarrollo del proyecto y los gastos derivados del mismo.

9.4.1.6. Riesgo regulatorio

Este riesgo incluye las modificaciones de ley que puedan afectar la economía del proyecto.

9.4.1.6.1. Variaciones en la legislación

Alude a las variaciones en la legislación tributaria, con efectos sobre el concesionario en su calidad de sujeto pasivo de los impuestos, incluyendo la variación de las tarifas impositivas, la creación de nuevos impuestos, la supresión o modificación de los existentes, y en general cualquier evento que modifique las condiciones tributarias.

Así mismo, comprende las variaciones en la legislación ambiental, aeronáutica o de las autoridades territoriales, y en general de cualquier tipo, que tengan efectos sobre los requisitos para la disposición y operación de la red existente al momento de la presentación de la Propuesta, y cualquier otro que sea establecido con posterioridad.

9.4.1.6.2. Variación de la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión

Se refiere a la variación de la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión, salvo que se trate de variaciones regulatorias que implique una limitación en el tiempo permitido para la emisión de pauta publicitaria, o imponga restricciones para la comercialización de productos, adicionales a las vigentes al momento de la celebración del contrato, y siempre y cuando tales variaciones sean susceptibles de romper el equilibrio económico del contrato.

9.4.1.7. Riesgo de fuerza mayor

Involucra:

- Fuerza Mayor Asegurable
- Fuerza Mayor No Asegurable, dentro de los que cabe señalar los siguientes eventos: actos de sabotaje por terrorismo y actos guerrilleros; actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la ley; guerra declarada o no declarada, guerra civil, golpe de Estado, conspiración y huelgas nacionales o regionales, en las cuales no participe directamente el

concesionario ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza.

9.4.1.8. Riesgo soberano o político

Se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto.

9.4.2. Matriz de Riesgos

Riesgo	Estimación			Asignación
	Composición	Probabilidad	Impacto	
Comercial	Comportamiento Pauta Publicitaria	Media	Alto	Concesionario / CNTV (Fórmula de Ajuste del Precio Base)
	Comportamiento Audiencia	Media	Alto	Concesionario
	Variaciones de Tecnología	Media	Medio	Concesionario
	Variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o pérdidas	Baja	Bajo	Concesionario
Construcción	Red a utilizar	Alta	Bajo	Concesionario
Operación	Comportamiento del mercado de contenidos para televisión	Alta	Medio	Concesionario
	Variación de los costos de disposición, ensanche, operación, mantenimiento o administración de la red por parte del concesionario	Medio	Medio	Concesionario
	Transición de la televisión analógica a la digital	Media	Bajo	Concesionario
	Daños, perjuicios o pérdidas de bienes	Alto	Medio	Concesionario
	Variaciones en los componentes necesarios para la cabal ejecución del contrato	Medio	Bajo	Concesionario
Financiero	Variaciones en los mercados financieros, o en las condiciones de financiación disponibles para el concesionario	Baja	Bajo	Concesionario
Cambiarío	Diferencial cambiario	Baja	Bajo	Concesionario
Regulatorio	Variaciones en la legislación tributaria, ambiental, aeronáutica o de las autoridades territoriales, y en general de cualquier tipo	Alta	Medio	Concesionario
	Variación de la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión	Medio	Medio	Concesionario / CNTV
Fuerza Mayor Asegurable		Medio	Medio	Concesionario
Soberano o Político		Medio	Medio	Concesionario

9.4.3. Tipificación, estimación y asignación. Cláusula de Riesgos

Con fundamento en lo expuesto hasta el momento, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible del contrato de Concesión a celebrar, corresponderá a la que se establece a continuación, sin perjuicio de la distribución definitiva de riesgos que la Comisión Nacional de Televisión y los Proponentes de la Licitación acuerden posteriormente conforme lo establece la ley.

El Proponente deberá efectuar sus propias estimaciones y cálculos, y con fundamento en los mismos, adoptar la decisión de asumir la asignación de riesgos definitiva, así como la que se derive de las estipulaciones del contrato o de la naturaleza del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, no procederán reclamaciones del concesionario basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por éste y consecuentemente la Comisión Nacional de Televisión no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al concesionario, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de los riesgos que se le asignan, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactadas en el contrato.

10. Riesgos que asume el concesionario

- a) Sin perjuicio de la aplicación de la fórmula de ajuste prevista para el Precio Base de la Concesión, luego del 9 de enero de 2011, los efectos, favorables y desfavorables, del comportamiento de la demanda de pauta publicitaria, lo cual incluye las variaciones positivas y negativas en la inversión publicitaria neta en Colombia; en la inversión publicitaria neta en el servicio de televisión como parte del total de la inversión publicitaria neta en Colombia; y en la inversión publicitaria neta en el Canal, sin que existan garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión por las variaciones en los ingresos del concesionario derivadas del comportamiento del mercado de pauta publicitaria, independientemente de las causas que den origen a tales variaciones.
- b) Los efectos, favorables y desfavorables, de las variaciones en la tecnología, incluyendo pero sin limitarse a aquellos eventos que permitan la aparición de servicios diferentes de la televisión abierta nacional, que puedan considerarse sustitutos directos de dicho servicio o que sin serlo, generen un desplazamiento de la pauta publicitaria y/o de la audiencia hacia tales servicios. De conformidad con lo anterior no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas de la implementación o aparición de nuevas tecnologías.
- c) Los efectos, favorables y desfavorables, derivados de las variaciones en los comportamientos de la audiencia, incluyendo, pero sin limitarse a: (i) La preferencia de la audiencia por otros canales nacionales o extranjeros emitidos de manera abierta o cerrada; (ii) la migración de la audiencia hacia otras formas de entretenimiento o de comunicación diferentes de la televisión abierta nacional. De conformidad con lo anterior, no existirán garantías, reconocimientos o

- compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas del comportamiento de la audiencia.
- d) Los efectos, favorables y desfavorables, derivados de las variaciones del mercado de contenidos para televisión, incluyendo pero sin limitarse a: (i) La variación en los costos para la adquisición de contenidos previamente producidos en Colombia o en el extranjero; (ii) la variación en los costos para la adquisición de formatos o ideas para la producción propia; (iii) la variación en los costos de los insumos, bienes, equipos, servicios, mano de obra y cualquier otro insumo requerido para la producción propia de los contenidos a ser emitido por el concesionario. De conformidad con lo anterior, no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas del comportamiento del mercado de contenidos.
 - e) Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar o frente a otras divisas. De conformidad con lo anterior, no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas de la evolución de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, o frente a otras divisas.
 - f) Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la inflación de las economías. De conformidad con lo anterior, no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas de la evolución de la inflación de las economías.
 - g) Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos, bienes, equipos, servicios, mano de obra y cualquier otro recurso necesario para la disposición, operación, administración, mantenimiento o ensanche de su red, analógica y digital, toda vez que es una obligación contractual del concesionario obtener los resultados previstos en materia de cubrimiento y calidad de la transmisión y en los plazos establecidos en el cronograma del Plan de Expansión de Cobertura que hará parte del Pliego de Condiciones. De conformidad con lo anterior no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionarios y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, como consecuencia de la variación de los costos de disposición, ensanche, operación, mantenimiento o administración de la red por parte del concesionario.
 - h) Los efectos, favorables o desfavorables, de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de cambios en las variables del mercado, toda vez que es una obligación contractual del concesionario obtener la completa financiación para la ejecución del contrato, sin que existan cubrimientos o compensaciones de parte de la Comisión Nacional de Televisión, como consecuencia de la variación supuesta o real entre cualquier estimación inicial de las condiciones de financiación frente a las realmente obtenidas. De conformidad con lo anterior,

- no existirán garantías, reconocimientos o compensaciones a favor del concesionario y a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, derivadas de las variaciones en los mercados financieros, o en las condiciones de financiación disponibles para el concesionario.
- i) Los efectos desfavorables derivados de todos los daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes de la Comisión Nacional de Televisión, sin perjuicio de su facultad de exigir a dichos terceros la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello hubiere lugar.
 - j) Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o pérdidas.
 - k) Los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones en la legislación tributaria, de tal manera que el concesionario en su calidad de sujeto pasivo de los impuestos, asumirá los efectos derivados de la variación de las tarifas impositivas, la creación de nuevos impuestos, la supresión o modificación de los existentes, y en general cualquier evento que modifique las condiciones tributarias.
 - l) Los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones en la legislación ambiental, aeronáutica o de las autoridades territoriales, y en general de cualquier tipo, de tal manera que el concesionario en su calidad de sujeto pasivo de dicha regulación, asumirá los efectos derivados de los requisitos para la disposición y operación de la red existente al momento de la presentación de su Propuesta, y cualquier otro que sea establecido con posterioridad.
 - m) Los efectos derivados de la variación de la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión. No obstante lo anterior, el concesionario no asumirá el riesgo derivado de las variaciones en la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión, cuando el objeto del cambio regulatorio implique una limitación en el tiempo permitido para la emisión de pauta publicitaria, o imponga restricciones para la comercialización de productos, adicionales a las vigentes al momento de la celebración del contrato, siempre y cuando tales variaciones sean susceptibles de romper el equilibrio económico del contrato.
 - n) Los efectos, favorables o desfavorables, derivados del proceso de transición de la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida de forma analógica, a la prestación de este servicio de forma digital, lo cual incluye pero no se limita a los aspectos técnicos asociados a las modificaciones de la red, la respuesta de la audiencia y de los anunciantes a las nuevas condiciones de prestación del servicio, la viabilidad de nuevos esquemas de negocio y en general, cualquier contingencia derivada de la digitalización de la red y las nuevas condiciones de prestación del servicio.
 - o) En general los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos, técnicos y de mercado, necesarios para cumplir las obligaciones del concesionario necesarias para la cabal ejecución del contrato,

relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios, valoraciones y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos técnicos utilizados, la selección del contenido emitido, los equipos y materiales requeridos, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros.

11. Riesgos que asume la Comisión Nacional de Televisión

A partir de la fecha de suscripción del contrato, la Comisión Nacional de Televisión asume los efectos derivados de la aplicación de la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión.

Para dar soporte a la contingencia subyacente al riesgo asignado a la Comisión Nacional de Televisión⁸, mediante la definición de la provisión que ella demanda, se valoró el riesgo de los efectos derivados de la aplicación de la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión.

Por otra parte, la Comisión Nacional de Televisión asume los efectos derivados de la variación de la regulación expedida por la Comisión Nacional de Televisión cuando el cambio regulatorio implique una limitación en el tiempo permitido para la emisión de pauta publicitaria, o imponga restricciones para la comercialización de productos, adicionales a las vigentes al momento de la celebración del contrato, siempre y cuando tales variaciones sean susceptibles de romper el equilibrio económico del contrato.

Con base en la recomendación del Informe de Asesoría elaborado por el asesor financiero de la Comisión Nacional de Televisión, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, se definió que la entidad compartiría el riesgo comercial en lo atinente a la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV), asumiendo durante el período comprendido entre el 9 de enero de 2009 y el 9 de enero de 2011 el riesgo de su comportamiento, mediante la asunción de los efectos derivados de la aplicación de la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión. A partir del 10 de enero de 2011, el riesgo del comportamiento de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV) será asumido por el concesionario.

Para la estimación del riesgo se ha tenido en cuenta la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión propuesta en el Informe del Dr. Alberto Carrasquilla, así como la forma de pago de dicho Precio Base, establecida de conformidad con el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 según el cual “(...) Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años.(...)”

⁸ Decreto 423 de 2001 Artículo 6. “De las obligaciones contingentes. En los términos del párrafo del artículo primero de la Ley 448 de 1998, son obligaciones contingentes aquéllas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo octavo del presente decreto, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.”

Se ha tomando en consideración que:

- (i) Como resultado de la fórmula de ajuste del Precio Base de la Concesión, el mismo puede fluctuar entre una suma máxima de \$69.276.000.000 y una mínima de \$28.825.000.000, esto es puede fluctuar en un rango de \$40.451.000.000,
- (ii) El período de tiempo que la fórmula de ajuste prevista toma en consideración para el comportamiento de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV), es el comprendido entre el 9 de enero de 2009 y el 9 de enero de 2011,
- (iii) De acuerdo con el cronograma se estima que el contrato respectivo deberá suscribirse en el mes de agosto de 2009, con lo cual el cuarto pago del Precio Base de la Concesión debería realizarse en el mes de febrero de 2011, esto es, al vencimiento del tercer semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato, con lo cual el concesionario habría pagado para ese momento el 60% del Precio Base de la Concesión,
- (iv) De conformidad con los numerales (ii) y (iii), al finalizar el período tomado en consideración en la fórmula de ajuste (enero de 2011) y mientras la Comisión determina el Precio Base Ajustado de la Concesión con fundamento en Pauta Final informada por el Auditor, el concesionario habrá pagado el 60% del Precio Base de la Concesión, esto es, la suma de \$41.565.600.000,
- (v) Toda vez que, la forma de pago del precio prevista establece que el valor del ajuste que resulte de la aplicación de la fórmula de ajuste se deducirá del quinto y último pago que debe realizar el concesionario al vencimiento del cuarto semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato, se tiene que, de conformidad con la tabla prevista en la fórmula de ajuste a partir del momento en que el valor de la Pauta Final sea inferior a \$1.781.562.000.000⁹, el Precio Base Ajustado de la Concesión será inferior a la suma que como 60% del Precio Base haya pagado el concesionario. En efecto, el rango anterior implica que el Precio Base Ajustado de la Concesión sea \$42.357.000.000, y el inmediatamente siguiente, que sea \$41.426.000.000,
- (vi) De esta manera, a partir del momento en que el valor de la Pauta Final sea inferior a \$1.781.562.000.000, la Comisión Nacional de Televisión deberá devolver al concesionario una parte de lo pagado, que máximo puede llegar a ser la suma de \$12.740.600.000, que es la diferencia entre los \$41.565.600.000 que han debido ser pagados al cabo del cuarto pago, y el precio mínimo de la concesión de \$28.825.000.000.

Por lo anterior, la suma máxima a provisionar por la Comisión Nacional de Televisión se cuantifica en \$12.740.600.000 (más intereses), y sobre esa base es preciso analizar la

⁹ Valor medio entre los rangos de \$1.781.062 millones de pesos y \$1.780.062 millones de pesos.

probabilidad de ocurrencia de tal situación para determinar la provisión mínima de cobertura suficiente al riesgo asignado a la Comisión Nacional de Televisión.

Con base en los Estudios de Valoración de la Prórroga de los Canales RCN y CARACOL y del Tercer Canal elaborados por las Bancas de Inversión Unión Temporal Correval-CGI y Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta, y el Informe de Asesoría presentado por el doctor Carrasquilla, se considera que la probabilidad de ocurrencia de que el valor de la pauta final sea inferior a \$1.781.562.000.000, es baja, y por ende no hay lugar a generar provisión.

En efecto, en el Informe del doctor Carrasquilla, aunque a propósito de la fórmula de ajuste del valor de la prórroga de los canales CARACOL y RCN, pero cuya exposición resulta igualmente aplicable a la fórmula de ajuste del valor de la concesión del tercer canal, indicó que *“si la pauta observada en el 2010 es igual a la planteada en la valoración, el precio será igual al estimado en la valoración. (...)”*

14. En otras palabras, el regulador tiene la certeza de que el precio que cobraría al final es idéntico a la valoración técnica si los supuestos de ingreso por pauta fueron correctos en la práctica.

(...)

a) Si la pauta es igual a la esbozada en la valoración del memorando, el precio es idéntico al precio propuesto en el memorando. (...)”

12. Riesgos no asignados

En lo atinente a los riesgos no asignados, bien sea porque no se encuentran en este documento o porque ello no se desprenda de las estipulaciones del contrato o de la naturaleza del mismo, el concesionario y la Comisión Nacional de Televisión estarán a lo que se desprenda de las normas y principios aplicables en materia de contratación estatal.

13. Análisis de garantías

Garantía de seriedad

Para que las Propuestas puedan ser consideradas, se solicitará a los Proponentes que presenten conjuntamente con su Propuesta una Garantía de Seriedad que garantice los términos de la misma, la cual podrá consistir en una garantía bancaria a primer requerimiento, en una póliza de seguros, en una fiducia mercantil en garantía, en un endoso en garantía de títulos valores, o en un depósito de dinero en garantía, todos ellos a cargo del Proponente y a favor de la Comisión Nacional de Televisión, con indicación del número y objeto de la Licitación.

Tal requerimiento encuentra fundamento en el artículo 3 del Decreto 4828 de 2008, según el cual: *“En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán*

otorgar, como mecanismos del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías: 3.1 Póliza de seguros, 3.2. Fiducia mercantil en garantía, 3.3. Garantía bancaria a primer requerimiento, 3.4. Endoso en garantía, 3.5. Depósito de dinero en garantía. (...)

El valor de la Garantía de Seriedad exigido es la suma de \$6.927.600.000, que corresponde al 2% del precio base de la licitación, para lo cual se ha tomado en consideración la previsión del artículo 7 del Decreto 4828 de 2008, que señala:

*“Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:
7.1. Seriedad del ofrecimiento. El valor de esta garantía no podrá ser inferior al diez (10%) por ciento del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según se establezca en los pliegos de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.(...)”*

“Cuando el presupuesto exceda de diez millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes (10.000.000 SMLMV), el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al dos por ciento (2.0%) del presupuesto oficial estimado”

La Garantía de Seriedad cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de la Propuesta, en los siguientes eventos:

- La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del Adjudicatario en los términos, plazos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones.
- El retiro de la Propuesta.
- La no conversión luego de la Adjudicación en sociedad anónima con un mínimo de trescientos (300) accionistas.
- La no acreditación luego de la Adjudicación y una vez constituido como sociedad anónima con un mínimo de trescientos (300) accionistas, de que el capital no es poseído de manera directa o indirecta por personas naturales o jurídicas extranjeras en proporción superior al cuarenta por ciento (40%) y que personas naturales o jurídicas extranjeras no son Beneficiarias Reales en proporción superior al cuarenta por ciento (40%) del capital de la sociedad.
- La no acreditación luego de la Adjudicación y una vez constituido como sociedad anónima con un mínimo de trescientos (300) accionistas, y en el evento de existir inversión extranjera diferente o adicional a la que se acreditó al momento de presentar la Propuesta, de que en el país de origen del o de los nuevos inversionistas y del o de los Beneficiarios Reales se ofrece la misma posibilidad de inversión a las empresas colombianas en condiciones de reciprocidad en empresas o sociedades dedicadas a la industria de la televisión.
- El no incremento del capital pagado del Adjudicatario a una suma igual o superior a doce mil millones de pesos (\$12.000.000.000.000) o su falta de acreditación.

- En general, el incumplimiento de las Condiciones Previas a la Suscripción del contrato de Concesión que se establezcan en el Pliego de Condiciones.
- La no ampliación de la vigencia de la Garantía de Seriedad de la Propuesta cuando el término previsto en el Pliego para la Adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue.
- La falta de otorgamiento de la Garantía de Cumplimiento para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato, con el lleno de los requisitos y en los términos, plazos y condiciones allí previstos, la cual deberá ser aprobada por la Comisión Nacional de Televisión.
- La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previsto como requisito de legalización del contrato.
- La falta de cumplimiento de todos, algún o algunos de los requisitos exigidos para la formalización del contrato.

Cuando una, algunas o todas las obligaciones anteriormente enunciadas sean incumplidas, la Comisión Nacional de Televisión hará exigible el valor total de la Garantía de Seriedad, lo que se entenderá como una sanción por el incumplimiento, sin perjuicio del derecho que le asiste a la Comisión Nacional de Televisión de exigir por los medios legales la indemnización de los perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar.

Carta de Crédito Stand By

Tomando en consideración que el Adjudicatario deberá capitalizar la sociedad en los términos del artículo 9 del Acuerdo No. 001 de 2008 (su capital pagado no podrá ser inferior a \$12.000.000.000), que deberá financiar sus inversiones para la instalación de la red y demás componentes de la operación, y sufragar por lo menos el precio base de la licitación (más el pago por la utilización de frecuencias, y el aporte al fondo de desarrollo para la televisión pública), se solicitará a los Proponentes presentar una carta de aprobación de cupo o crédito stand-by por cincuenta millones de dólares (UD\$50.000.000).

Se ha tomado en consideración que el concesionario deberá hacer unas inversiones aproximadas de \$171.000.000.000 en los primeros ocho años, cifra que traída a valor presente neto equivale a \$120.000.000.000, con lo cual una cobertura bancaria por US\$50.000.000 resulta suficiente y adecuada. Tomando en cuenta que de conformidad con los estudios y proyecciones, el 80% de las inversiones deben hacerse dentro de los 4 años siguientes a la firma del contrato, se ha estimado conveniente que la vigencia de la cobertura sea por este período.

Garantía de cumplimiento

Dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del contrato, el concesionario deberá otorgar una de las Garantías de Cumplimiento de sus obligaciones contractuales previstas en el artículo 3 del Decreto 4828 de 2008, expedida a favor de la CNTV en los

términos y con los amparos y coberturas señalados en el artículo 4 del Decreto 4828 de 2008.

Esta garantía podrá expedirse por un término de vigencia inferior al contrato, siempre que el concesionario se obligue a obtener la prórroga de la garantía a más tardar quince (15) días calendarios anteriores a su vencimiento. Si el concesionario no prorroga la garantía se le aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar y se hará efectivo el amparo de cumplimiento, previa disminución proporcional al tiempo transcurrido de la Concesión.

La Garantía de Cumplimiento deberá garantizar el cumplimiento de las obligaciones que para el concesionario surjan del contrato y de su liquidación, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la CNTV por las actuaciones, hechos u omisiones del concesionario, y los demás riesgos a que se encuentre expuesta la CNTV por cuenta del contrato de Concesión, y por ende, deberá contener todos y cada uno de los siguientes amparos:

- a) El cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, por un valor igual al diez por ciento (10%) del Precio de la Concesión indicado en la Cláusula Sexta del presente contrato.
- b) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por un valor igual al cinco por ciento (5%) del Precio de la Concesión indicado en la Cláusula Sexta del contrato, con vigencia igual a la duración del contrato y tres (3) años más.
- c) La responsabilidad civil extracontractual por un valor igual al diez por ciento (10%) del Precio de la Concesión indicado en la Cláusula Sexta del contrato, con vigencia igual a la duración del contrato y tres (3) años más.
- d) El pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se pueda hacer acreedor el concesionario.

Cada vez que la Garantía de Cumplimiento se vea afectada por un siniestro, el concesionario deberá reponer el valor de la misma dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se lo exija la Comisión.

La Garantía de Cumplimiento deberá estar vigente hasta la liquidación del contrato.

La CNTV aprobará la garantía y sus modificaciones a través de la Subdirección de Asuntos Legales, siempre y cuando se ajusten a las condiciones, plazos y cuantías establecidas.

14. Lugar de ejecución del contrato

El lugar de ejecución del contrato es la ciudad de Bogotá D.C.

15. Obligaciones del contratista

1. Observar estrictamente los principios constitucionales y los fines del servicio de televisión, especialmente los establecidos en el artículo 2 de la Ley 182 de 1995, el artículo 22 de la Ley 335 de 1996 y en las demás normas aplicables, así como en las que las modifiquen, adicionen o reglamenten.
2. Cumplir con la reglamentación que expida la CNTV respecto del servicio público de televisión.
3. Colaborar con la CNTV en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y el servicio prestado en desarrollo del mismo sea de la mejor calidad.
4. Obrar con lealtad y buena fe en la ejecución del contrato.
5. Pagar el valor de la concesión y las tarifas, tasas, derechos y contribuciones que señale la CNTV, conforme al literal g) del artículo 5° de la Ley 182 de 1.995.
6. Dar cumplimiento a lo dispuesto en las normas legales sobre derechos de autor.
7. Garantizar el derecho a la rectificación, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 182 de 1995 y demás normas legales que la modifiquen o sustituyan o que regulen la materia.
8. Acatar las disposiciones constitucionales y legales que amparan los derechos de la familia y de los niños, especialmente las contenidas en la Ley 1098 de 2.006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) y las demás que lo adicionen o modifiquen.
9. Proporcionar a la CNTV la información que ésta solicite.
10. Informar a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión respecto a la enajenación de la propiedad de las acciones que se negocien en bolsa, dentro de los cinco (5) días siguientes, siempre que la transacción comprenda la adquisición en forma global o sucesiva del cinco por ciento (5%) o más de las acciones.
11. Pagar el 1.5% de la facturación bruta anual del canal para Fondo de Desarrollo de Televisión Pública, el cual será cancelado dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada trimestre, una vez transcurrido el año de su causación.
12. Reservar el cinco por ciento (5%) del total de la programación para presentar programas de interés público y social. Dentro del porcentaje referido anteriormente se deberá destinar un espacio a la Defensoría del Televidente.
13. Mantener durante un período mínimo de seis (6) meses los archivos videográficos de la programación y publicidad emitidas, los cuales podrán ser consultados para efectos de control y registro por la CNTV. En el evento de que alguna entidad estatal del orden nacional tenga dentro de su objeto o sus funciones la preservación de material audiovisual con valor histórico, científico o cultural, el concesionario se compromete a entregarle copias de sus programas informativos y culturales, para que sean conservados y utilizados con fines académicos. En todo caso su utilización deberá respetar las normas sobre derechos de autor vigentes. La CNTV reglamentará esta materia.
14. Obtener y mantener vigente las garantías.
15. Tramitar y obtener todas las licencias y permisos necesarios para el desarrollo de las actividades propias de la ejecución del contrato, de acuerdo con las exigencias establecidas en la ley.
16. Sin perjuicio de la posibilidad prevista en el párrafo sexto del artículo 8 del Acuerdo No.001 de 2008 de la Junta Directiva de la CNTV, tal como fue modificado por el artículo 1 del Acuerdo No.002 de 2008, conservar como accionistas por lo menos durante los primeros cinco (5) años de vigencia del contrato, a aquellos

- accionistas a través de los cuales acreditó la experiencia, profesionalismo y capacidad para la inscripción en el RUO, y garantizar su participación activa en la administración y operación de la sociedad en todo lo referente a la ejecución de las labores correspondientes a su área de experiencia, así como el aporte en forma real y efectiva de tal experiencia al concesionario.
17. Inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la suscripción del contrato, y suministrar a la CNTV copia de la información que entregue a la Bolsa de Valores de Colombia o a la Superintendencia Financiera en desarrollo de las obligaciones consagradas en las normas que regulan el mercado público de valores.
 18. Prestar el servicio de televisión a su cargo bajo el estándar de televisión digital definido por la CNTV y en las condiciones que para tal efecto ella determine, en consonancia con la naturaleza del contrato.
 19. Cumplir con el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica y Red Digital, así como con las exigencias técnicas que en estas materias establezca la CNTV.
 20. Prestar el servicio de televisión a su cargo bajo la tecnología analógica mientras se implementa la televisión digital terrestre, en las condiciones y hasta la fecha que determine la CNTV.
 21. Mantener y operar en óptimas condiciones la red de televisión de acuerdo con los estándares internacionales y con los que al respecto establezca la CNTV, garantizando siempre la prestación del servicio.
 22. Cumplir con el Plan Básico de Programación y con su oferta de mejoramiento del Plan Básico de Televisión.
 23. Pagar la cláusula penal pactada en el contrato, cuando ésta se cause de conformidad con el mismo.
 24. Abstenerse de toda actuación que atente contra la libre competencia, así como evitar prácticas de competencia desleal.
 25. Cancelar los aportes de que trata el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 modificada por la Ley 828 de 2003.
 26. Instalar en la sede de la CNTV un terminal remoto que permita un acceso al sistema de gestión del operador privado en cualquier momento, solamente con el fin de verificar el estado de la red.
 27. Mantener indemne a la CNTV de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del concesionario.
 28. Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, y las normas que las modifiquen o adicionen.

16. Soporte económico del valor estimado del contrato

Análisis técnico y económico que soporta el valor estimado del contrato

En la determinación de la viabilidad de un nuevo operador de televisión abierta privada nacional y su valoración se tuvieron en cuenta los siguientes estudios:

- Estudio de valoración de las prórrogas de las concesiones de canales privados de televisión y estudio de viabilidad de un tercer operador (Capítulo de modelo de valoración), llevado a cabo en abril de 2007, por la banca de inversión Equity Investment.
- Informes finales individuales de las bancas de inversión, Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y Correval-CGI, cuya última versión fue entregada a la CNTV en diciembre 2 de 2008.
- Informe final de la etapa de trabajo conjunto de las bancas de inversión, Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y Correval-CGI, entregado el 2 de diciembre de 2008¹⁰.
- Informes del asesor financiero externo de la CNTV, Alberto Carrasquilla Barrera, en los que conceptuó sobre los resultados de las bancas de inversión Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y Correval-CGI y evaluó las observaciones presentadas por los representantes de los canales actuales, relacionadas con las siguientes variables: ingresos por pauta, crecimiento del PIB, CAPEX, gasto de ventas, costos de programación, efectos tributarios del CAPEX, descuentos comerciales condicionados, tasa de descuento, entre otras. Así mismo, el consultor tuvo en cuenta las observaciones de los interesados en el tercer canal, específicamente la rapidez con el nuevo operador llegaría a capturar la tercera parte del mercado relevante y las estimaciones de la parrilla mínima.

El precio base de la concesión se ha estimado de conformidad con las recomendaciones de las bancas de inversión contratadas con el fin de cumplir, entre otros, con este propósito, y la recomendación formulada por el asesor financiero de la Comisión Nacional de Televisión, doctor Alberto Carrasquilla, atendiendo siempre lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 182 de 1995 así:

“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.

Al establecerse una tasa o contribución por la adjudicación de la concesión, el valor de la misma será diferido en un plazo de dos (2) años. Una vez otorgada la concesión la comisión nacional de televisión reglamentará el otorgamiento de las garantías.

¹⁰ Consultoría para la determinación del valor de la prórroga de los concesionarios de televisión abierta privada nacional, el valor de la concesión para un nuevo operador de televisión abierta privada nacional y la viabilidad de ingreso de operadores adicionales, así como el valor de la concesión para los operadores adicionales.

Los derechos, tasas y tarifas deberán ser fijadas por la comisión nacional de televisión, teniendo en cuenta la cobertura geográfica, la población total y el ingreso per cápita en el área de cubrimiento, con base en las estadísticas que publique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, así como también la recuperación de los costos del servicio público de televisión; la participación en los beneficios que la misma proporcione a los concesionarios, según la cobertura geográfica y la audiencia potencial del servicio; así como los que resulten necesarios para el fortalecimiento de los operadores públicos, con el fin de cumplir las funciones tendientes a garantizar el pluralismo informativo, la competencia, la inexistencia de prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión y la prestación eficiente de dicho servicio.

Lo dispuesto en este literal también deberá tenerse en cuenta para la fijación de cualquier otra tasa, canon o derecho que corresponda a la comisión.

Las tasas, cánones o derechos aquí enunciados serán iguales para los operadores que cubran las mismas zonas, áreas, o condiciones equivalentes;(...)"

De acuerdo con el informe final conjunto preparado por la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y la Unión Temporal Correval-CGI para la valoración de las prórrogas de las concesiones, la inversión publicitaria en Colombia como porcentaje del PIB es del 0.56%, es decir por debajo del promedio de América Latina, lo que sugiere que existen posibilidades de crecimiento de este mercado al menos hasta alcanzar dicho promedio en los próximos diez años. Así mismo, se registró un crecimiento real de los precios de la pauta publicitaria. Lo anterior, indica que podrían entrar al mercado nuevos operadores y que esto generará además, nuevas oportunidades laborales en toda la cadena de valor de la producción de contenidos.

Teniendo en cuenta que los operadores inscritos en el Registro Único de Operadores-RUO pertenecen a conglomerados internacionales con amplia experiencia en medios de comunicación se espera que la industria de la televisión colombiana siga consolidándose, tenga mayores niveles de competencia y continúe produciendo contenidos para los mercados externos.

En el informe final conjunto de la Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta y de la Unión Temporal Correval-CGI, se indicó que sólo sería viable un nuevo operador, utilizando la misma tasa de descuento para todos los operadores. Lo anterior, considerando que la CNTV define parámetros regulatorios homogéneos para todos los operadores de la misma modalidad del servicio. Las bancas de inversión concluyeron lo siguiente:

- El flujo de caja libre del modelo consolidado con la presencia de cuatro operadores- dos incumbentes y dos entrantes- es negativo, toda vez que el mercado publicitario es el mismo mientras que los costos de operar un canal prácticamente se duplican

incluidas las inversiones en red y las correspondientes al resto de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio.

- El valor de la concesión de dos nuevos operadores en la modalidad de pago 100% variable equivaldría a -0.48% de los ingresos por pauta, lo que quiere decir que habría que devolverle a todos los operadores este porcentaje de sus ingresos para que obtuvieran una rentabilidad equivalente al costo promedio ponderado del capital o WACC por sus siglas en inglés.
- En resumen, aunque desde el punto de vista técnico son viables hasta dos nuevos operadores, desde el punto de vista financiero, solamente un operador adicional sería viable. El número de operadores nuevos es inversamente proporcional a los ingresos que la Comisión recibiría por concepto del valor de las concesiones, aún en escenarios más optimistas que viabilizaran financieramente un operador adicional al tercero.

La Junta Directiva en su sesión del 29 de diciembre de 2008 (Acta 1476), la Junta Directiva determinó lo siguiente, con relación al nuevo operador:

- La fecha para que el tercer canal inicie operaciones es el 1 de julio de 2010.
- El tercer canal podrá tener señales de prueba radiodifundida.
- Sólo hasta cuando inicie formalmente operaciones podrá comercializar.
- El tercer canal tendrá la obligación de tener cobertura en poblaciones con un número de habitantes mayor o igual a 20.000 habitantes en analógico y digital.
- El tercer canal tendrá la obligación de dar cumplimiento a la etapa 1 del plan de expansión radiodifundido (33% de cubrimiento analógico) antes del inicio de la operación comercial.

Posteriormente, en enero 7 de 2009, la Junta Directiva determinó que para el tercer canal el precio base será de \$69.276 millones de pesos con inversión en red analógica y \$141.000 millones de pesos sin inversión en red analógica, si el tercer canal no realiza las inversiones totales en red analógica, los recursos que deje de invertir deberán ser pagados al Estado (Acta 1480).

En cuanto al valor de la concesión, es importante anotar que el precio final está en función del valor de la pauta final, y que se prevé un sistema de verificación de la INPTV trimestral, a través de un auditor independiente y ajeno a las partes. Dicho auditor utilizará para su dictamen los valores informados por los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local y los concesionarios de espacios de televisión, que estén incluidos en la base de datos que utilizó ASOMEDIOS para estimar la INPTV de 2008, más el tercer canal. Así mismo, podrá realizar encuestas y entrevistas a centrales de medios, agencias de publicidad y anunciantes para confirmar tendencias y detectar posibles inconsistencias en desarrollo del proceso.

Cabe indicar que los contratos de los actuales operadores se prorrogaron contemplando la participación en el mercado de dos operadores incumbentes y un nuevo operador, a partir del 1 de julio de 2010.

Finalmente, considerando la actual incertidumbre sobre el comportamiento de la economía nacional e internacional en el corto y mediano plazo, el consultor propuso un mecanismo de ajuste del valor de la concesión de acuerdo con el comportamiento de la pauta publicitaria en televisión. Estos informes fueron entregados en diciembre 17 de 2008 y enero 5 de 2009.

De acuerdo con el análisis realizado por el doctor Carrasquilla, el precio de referencia para el tercer canal es de \$69.276 millones, después de incluir todos los ajustes en las variables mencionadas.

17. Precio de la concesión

Con base en los estudios mencionados se determinó que el Precio de la Concesión corresponderá al Precio Base de sesenta y nueve mil doscientos setenta y seis millones de pesos (\$69.276.000.000) (en adelante “Precio Base”), definido en su sesión del 7 de enero de 2009 según consta en el Acta No.1480 de la Junta Directiva, más la Oferta Económica para Competir y ser Elegido presentada por el Proponente Adjudicatario.

Única y exclusivamente al Precio Base de la Concesión, esto es, a la suma de sesenta y nueve mil doscientos setenta y seis millones de pesos (\$69.276.000.000), se le aplicará un ajuste (en adelante “Valor del Ajuste”), en función del comportamiento real observado de la inversión neta en publicidad en televisión abierta, nacional, regional y local (INPTV), durante el período comprendido entre el 9 de enero de 2009 y el 9 de enero de 2011, de conformidad con las siguientes reglas. El Precio Base de la Concesión así ajustado se denominará “Precio Base Ajustado”:

1ª. Trimestralmente, a partir del 31 de marzo de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2010, deberá establecerse el valor de la INPTV. Dicho valor será determinado por un tercero idóneo (en adelante el “Auditor”), con base en la información contable y financiera que para tal efecto deberán reportar a la Comisión Nacional de Televisión, a más tardar dentro del mes siguiente al vencimiento de cada trimestre, los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local y los concesionarios de espacios de televisión, debidamente certificada por sus respectivos revisores fiscales o contadores públicos, según se trate, tomada de sus respectivos estados financieros y soportada en los libros de contabilidad de cada concesionario. La Comisión Nacional de Televisión deberá entregar al Auditor la información antes mencionada a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo que tienen los concesionarios para entregar la información contable y financiera.

2ª. Para los efectos de la determinación del valor trimestral de la INPTV, el Auditor utilizará exclusivamente los valores informados por los concesionarios de televisión abierta nacional, regional y local y los concesionarios de espacios de televisión, que estén incluidos en la base de datos que utilizó ASOMEDIOS para estimar la INPTV de 2008, más el tercer canal.

No obstante, el Auditor podrá utilizar la información proveniente de los restantes concesionarios de televisión abierta, regional, y local y los concesionarios de espacios de televisión siempre que asegure consistencia metodológica con la información suministrada para el 2008.

El resultado será previamente informado por el Auditor a la Comisión Nacional de Televisión y al concesionario, a más tardar el décimo día hábil siguiente a la fecha límite de envío de la información de que trata la regla 1ª, para que éstos puedan formular las observaciones a que haya lugar. Oídas las partes, el Auditor determinará, a más tardar el decimoquinto día hábil siguiente a la fecha límite de envío de la información de que trata la regla 1ª, el valor de la INPTV correspondiente al respectivo período. Dicho valor será informado a las partes y no podrá ser modificado por éstas.

3ª. Para la determinación del valor de la INPTV, correspondiente al trimestre octubre-diciembre de 2010, el Auditor deberá calcular el valor de la respectiva INPTV de los meses de octubre y noviembre del año 2010, con base en la información que le deberán reportar a la Comisión Nacional de Televisión las fuentes a las que se refieren las anteriores reglas, a más tardar el 15 de diciembre de 2010, y proyectará proporcionalmente el valor correspondiente para el mes de diciembre de 2010, teniendo en cuenta la estacionalidad del mes de diciembre observada en los años 2008 y 2009, de suerte que establezca el monto de la INPTV del trimestre octubre-diciembre de 2010 a más tardar el 8 de enero de 2011. El resultado será previamente informado por el Auditor a la Comisión Nacional de Televisión y al concesionario, a más tardar el 4 de enero de 2011, para que éstos puedan formular las observaciones a que haya lugar. Oídas las partes, el Auditor determinará a más tardar el 8 de enero de 2011, el valor de la INPTV correspondiente al trimestre octubre-diciembre de 2010. Dicho valor será informado a las partes y no podrá ser modificado por estas.

4ª. Para el debido cumplimiento de sus funciones, el Auditor podrá realizar encuestas y entrevistas con centrales de medios, agencias de publicidad y anunciantes, para confirmar tendencias y detectar inconsistencias en desarrollo de la labor de auditoría que le ha sido confiada. En el evento de que detecte inconsistencias o fallas en la información que le resten confiabilidad a ésta, el Auditor adoptará los correctivos necesarios.

5ª. Las determinaciones del Auditor sobre el valor de la INPTV una vez oídas las partes según el procedimiento anteriormente establecido, comprometen a la Comisión Nacional de Televisión y al concesionario, para los fines de la determinación del Valor del Ajuste.

6ª. Con base en todos los reportes trimestrales, el mismo 8 de enero de 2011 el Auditor informará a las partes el valor total de la INPTV correspondiente al período 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010, para lo cual procederá de la siguiente manera:

- (i) El valor total de la INPTV del período 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009 será calculado a precios constantes del 31 de diciembre de 2008, según el

índice anual de precios al consumidor certificado por el DANE, correspondiente al año 2009

- (ii) El valor total de la INPTV del período 1 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2010, establecido como se dispone en la regla 3°, será calculado a precios constantes del 31 de diciembre de 2008, según el índice anual de precios al consumidor certificado por el DANE, correspondiente a los años 2009 y 2010.
- (iii) La sumatoria de los valores a que se refieren los numerales anteriores (i) y (ii) constituirá el valor total de la INPTV correspondiente al período 1° de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010, a precios del 2008. Dicho valor se denominará en adelante la “Pauta Final”.

7ª. Con base en la Pauta Final informada por el Auditor, la Comisión Nacional de Televisión determinará el Precio Base Ajustado de la Concesión así:

(i) Si el valor de la Pauta Final es igual o inferior a Un Billón Setecientos Sesenta y Siete Mil Quinientos Diecinueve Millones de Pesos (\$1.767.519.000.000,00), el Valor del Ajuste será una única suma negativa de Cuarenta Mil Cuatrocientos Cincuenta y Un Millones de Pesos (\$40.451.000.000,00). En consecuencia el Precio Base Ajustado será la suma de Veintiocho Mil Ochocientos Veinticinco Millones de Pesos (\$28.825.000.000,00).

(ii) Si el valor de la Pauta Final se ubica en el rango entre Un Billón Ochocientos Cincuenta y Tres mil Sesenta y Dos millones de pesos (\$1.853.062.000.000,00) y Un Billón Setecientos Sesenta y Siete Mil Quinientos Diecinueve Millones de Pesos (\$1.767.519.000.000,00), el Precio Base Ajustado será el que fije la Comisión Nacional de Televisión de conformidad con la siguiente tabla:

Pauta (08=100) Millones pesos	Precio licencia Millones pesos
1.853.062	69.276
1.852.062	69.159
1.851.062	69.042
1.850.062	68.924
1.849.062	68.807
1.848.062	68.690
1.847.062	68.573
1.846.062	68.455
1.845.062	68.338
1.844.062	68.221
1.843.062	68.104
1.842.062	67.986
1.841.062	67.869
1.840.062	67.752
1.839.062	67.635
1.838.062	67.517
1.837.062	67.400

Pauta (08=100) Millones pesos	Precio licencia Millones pesos
1.836.062	67.283
1.835.062	67.166
1.834.062	67.048
1.833.062	66.931
1.832.062	66.814
1.831.062	66.697
1.830.062	66.580
1.829.062	66.462
1.828.062	66.345
1.827.062	66.228
1.826.062	66.111
1.825.062	65.993
1.824.062	65.753
1.823.062	65.382
1.822.062	65.011
1.821.062	64.640
1.820.062	64.269
1.819.062	63.898
1.818.062	63.527
1.817.062	63.156
1.816.062	62.785
1.815.062	62.414
1.814.062	62.044
1.813.062	61.673
1.812.062	61.302
1.811.062	60.931
1.810.062	60.560
1.809.062	60.189
1.808.062	59.818
1.807.062	59.447
1.806.062	59.076
1.805.062	58.705
1.804.062	58.334
1.803.062	57.963
1.802.062	57.592
1.801.062	57.221
1.800.062	56.850
1.799.062	56.480
1.798.062	56.109
1.797.062	55.738
1.796.062	55.367
1.795.062	54.452
1.794.062	53.522
1.793.062	52.592
1.792.062	51.661
1.791.062	50.731
1.790.062	49.800

Pauta (08=100) Millones pesos	Precio licencia Millones pesos
1.789.062	48.870
1.788.062	47.939
1.787.062	47.009
1.786.062	46.078
1.785.062	45.148
1.784.062	44.217
1.783.062	43.287
1.782.062	42.357
1.781.062	41.426
1.780.062	40.496
1.779.062	39.565
1.778.062	38.635
1.777.062	37.704
1.776.062	36.774
1.775.062	35.843
1.774.062	34.913
1.773.062	33.983
1.772.062	33.052
1.771.062	32.122
1.770.062	31.191
1.769.062	30.261
1.768.062	29.330
1.767.519	28.825

En caso de que la INPTV se ubique entre cualquiera de los rangos a que se refiere la presente tabla, se aplicará el rango más próximo a la Pauta Final para la determinación del Precio Base Ajustado. Así por ejemplo, si la Pauta Final es Un Billón Ochocientos Mil Quinientos Millones de pesos constantes (\$1,800,500,000,000,00 de pesos constantes), el Precio Base Ajustado corresponde a Cincuenta y Seis Mil Ochocientos Cincuenta Millones de Pesos (\$56,850,000,000,00), y si la Pauta Final es Un billón Setecientos Noventa y Cuatro Mil Quinientos Millones de pesos constantes (\$1,794,500,000,000,00 pesos constantes), el Precio Base Ajustado corresponde a Cincuenta y Tres Mil Quinientos Veintidós Millones de pesos (\$53,522,000,000).

Es entendido que el Precio Base Ajustado en ningún caso podrá ser inferior a Veintiocho Mil Ochocientos Veinticinco Millones de Pesos (\$28,825.000.000,00).

9ª. El Auditor actuará siempre con la mayor objetividad e imparcialidad, y será el mismo que se haya designado para determinar el valor de la INPTV para estos mismos efectos en las prórrogas de los contratos de concesión de los canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional No.1 y No.2, suscritas con las sociedades CARACOL S.A y RCN S.A. El Auditor será contratado por el concesionario y sus honorarios serán cubiertos en un 25% por el concesionario. No obstante, el concesionario concurrirá al pago del porcentaje que le corresponda sufragar a la Comisión Nacional de Televisión, de tal suerte que este podrá imputar el valor a cargo de la Comisión Nacional de Televisión al monto de la siguiente cuota.

El Precio Base de la Concesión más la suma de la Oferta Económica para Competir y ser Elegido, o en su caso la que resulte de su Oferta Económica de Mejoramiento, será el precio de la Concesión para efectos fiscales, presupuestales y de la Garantía de Cumplimiento.

Si como consecuencia del Valor del Ajuste resultare un menor valor del Precio Base Ajustado de la Concesión con relación al Precio Base de la Concesión, la diferencia deberá deducirse del pago que el concesionario debe realizar al cumplimiento de los dos años de la suscripción del contrato. Si el menor valor a cancelar por parte de el concesionario fuere superior al pago que éste debe efectuar en dicha fecha, el concesionario quedará liberado de pagar a la Comisión Nacional de Televisión la última cuota y la Comisión Nacional de Televisión deberá devolver la diferencia respectiva en un plazo que no exceda de tres (3) meses, contados a partir del cumplimiento de los dos años de la suscripción del contrato. La Comisión Nacional de Televisión deberá reconocer el interés bancario corriente sobre el excedente que el concesionario haya pagado en cada cuota, como consecuencia de la diferencia entre el Precio Base de la Concesión y el Precio Base Ajustado de la Concesión, aplicado a partir de la fecha respectiva de cada pago.

Es entendido que el Precio Base Ajustado de la Concesión solo quedará determinado en forma definitiva en la fecha en la que la Comisión Nacional de Televisión lo fije con base en la información suministrada por el Auditor.

18. Forma de pago

El Precio de la Concesión será pagado por el concesionario a la Comisión Nacional de Televisión de la siguiente forma:

- a) El 15% del Precio de la Concesión a la suscripción del contrato.
- b) El 15% del Precio de la Concesión antes del último día de vencimiento del primer semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato,
- c) El 15% del Precio de la Concesión antes del último día de vencimiento del segundo semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato,
- d) El 15% del Precio de la Concesión antes del último día de vencimiento del tercer semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato, y
- e) El 40% del total del Precio de la Concesión antes del último día de vencimiento del cuarto semestre siguiente a la fecha de suscripción del contrato.

El Valor del Ajuste que resulte de la aplicación del procedimiento establecido a estos efectos se deducirá del valor a que se refiere el literal e) anterior.

Sobre los saldos pendientes de pago luego de la firma del contrato de Concesión, el concesionario pagará a la Comisión Nacional de Televisión intereses corrientes bancarios

vigentes a la fecha de pago. En caso de mora, pagará intereses a la máxima tasa del mercado permitida por la ley y vigente a la fecha de pago.

Sin perjuicio de que el concesionario cumpla estrictamente con la forma de pago aquí establecida, éste podrá cancelar en cualquier momento en forma parcial o total lo adeudado, sin exceder el plazo máximo que tiene para ese efecto.

19. Pago de la oferta económica para competir y ser elegido

La suma de dinero que el Adjudicatario haya ofrecido en su Oferta para Competir y ser Elegido deberá ser pagada en las mismas fechas, proporciones y condiciones establecidas para el pago del Precio Base de la Concesión.

Con la presentación de este estudio queda evidenciada la necesidad planteada, por lo cual se aconseja adelantar el proceso contractual respectivo y su perfeccionamiento, en procura de lograr la buena marcha y efectivo cumplimiento de los fines encomendados legalmente a la entidad.