



Bogotá D.C., 4 de noviembre de 2009

Comisión Nacional de
Televisión



No 2009-370-022982-2

AUDIENCIA DE ASIGNACIÓN D

Fecha Radicado: 05/11/2009 10:47:53 - Usuario F

Destino SECRETARIA GENERAL -

Remitente (EMP) RCN Y CARACOL

Bogotá D.C. CII 72 No 12-77

Sistema de Gestión - OrfeoGpl

Señores
Junta Directiva
COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN
Ciudad

**Ref. Audiencia de asignación de riesgos. Licitación 001 de 2009.
CUANTIFICACION DE LOS RIESGOS**

Respetados Señores:

Los suscritos representantes legales de CARACOL TELEVISION S.A. y RCN TELEVISION S.A., en uso del derecho constitucional de petición, nos dirigimos a Ustedes para solicitar que se expida “adenda” de los pliegos de condiciones del proceso de la referencia a efecto de “*cuantificar*” los riesgos previsibles dentro del citado proceso, hecho lo cual, se disponga lo necesario para realizar la respectiva AUDIENCIA DE RIESGOS, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4°. de la Ley 1150 de 2007.

La anterior petición se fundamenta en las siguientes consideraciones que le fueron puestas de presente a la Comisión Nacional de Televisión durante la audiencia de riesgos celebrada el día de ayer:

- 1- De conformidad con lo previsto en el artículo 4°. de la Ley 1150 de 2007 “...*los pliegos de condiciones o sus equivalentes deben incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación...*” (*subrayado fuera de texto*)
- 2- A su turno establece el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008:

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles.

Para los efectos previstos en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, 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.

***Parágrafo** (Modificado por el artículo 8 del Decreto 2025 de 2009). La audiencia a que se refiere el presente artículo deberá realizarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.” (subrayado fuera de texto)*

- 3- Visto lo anterior, es claro que es deber de la entidad “*cuantificar*” el impacto que podrían tener todos y cada uno de los riesgos que se tipifiquen como “*previsibles*” en el respectivo pliego de condiciones, de manera que los mismos sean “*estimados*”. Sólo de esta manera es posible que se establezca con claridad lo que resulta objeto de “*asignación*” entre las partes.
- 4- Como se desprende de la lectura de los pliegos de condiciones del proceso licitatorio de la referencia y de la amplia discusión sostenida sobre el punto en el curso de la audiencia en cita, en los mismos NO se “*cuantificaron*” los riesgos que se tipifican como previsible. Así lo puso de presente la gran mayoría de los interesados inscritos en el RUO, que intervinieron en la audiencia de asignación de riesgos.
- 5- Pero si lo anterior no fuera suficiente hay que recordar que, como consta en el Acta 1480 del 7 de enero de 2009 (documento que es parte de esta licitación pública al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.15), en palabras del asesor externo de la entidad Dr. Carlos Gustavo Arrieta para la presente licitación, tal circunstancia no puede obviarse. En tal sentido el Dr. Arrieta manifestó que “ (...) Le recuerda a la Junta que la identificación, estimación, y asignación de los riesgos en los contratos estatales solamente es

obligatoria en las licitaciones públicas que se abran a partir de la vigencia de la Ley 1150, de acuerdo con el artículo 4.”¹

- 6- Adicionalmente, como bien se dice en uno de los Estudios y Documentos Previos de esta licitación, es inaplazable la necesidad de cuantificar los riesgos, toda vez que... “Lo anterior (aplicación a la CNTV de lo principios de equilibrio y planeación presupuestal) tiene una consecuencia fundamental en el caso de la CNTV: Al momento de estructurar cualquier relación contractual deberá determinar con precisión los riesgos que asume cada una de las partes con ocasión del contrato que se celebra, de tal manera que de haber asumido ciertos riesgos, deberá presupuestarlos en la medida en que exista una razonable probabilidad que se realicen. (el subrayado es nuestro)”²
- 7- En aras de la protección del interés público, lo que no puede ocurrir es que por la incuria de la CNTV al no haber “*cuantificado*” los riesgos previsibles, se pueda llegar a concluir, como alguno de los apoderados de los licitantes lo afirmó en el curso de la mencionada audiencia, que los riesgos identificados “*no cuantificados*” son en realidad “*imprevisibles*” y por lo tanto imputables a la CNTV y, por esa vía, al patrimonio de los colombianos.

Es que la “cuantificación” mencionada está referida a establecer ese **valor máximo a partir del cual la ocurrencia de un riesgo “previsible” trasciende esa frontera para convertirse en “imprevisible”**, como cuando se dice que la tasa de cambio podrá fluctuar hasta en un 7% en un año cualquiera, de manera que sea tal posibilidad la que se “distribuya” entre las partes. En ese sentido, si en efecto el riesgo de que se trata excede esa estimación, el mismo deberá ser tratado como “imprevisible”, toda vez que de conformidad con la normatividad vigente y en aras del equilibrio económico del contrato, no podrá atribuirse una obligación de “quantum” indeterminado o indeterminable a un contratista, toda vez que ello impediría tener absoluta claridad sobre el valor “intrínseco” a que se refiere el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

La falencia de la cuantificación de los riesgos ciertamente da pie para que, con apego al artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, se concluya que los riesgos que no se cuantifican son indeterminables, ya que “*El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable...*”. De tal manera que si por la obstinación de la CNTV se persevera en la decisión de seguir adelante con un proceso lleno de vicios, como el que se anota, consistente en no cuantificar en los pliegos de condiciones los riesgos previsibles, es bien probable que durante la ejecución del contrato se proponga por el concesionario del tercer canal que, ante la ausencia de su cuantificación, los riesgos que se pretendió asignarle al particular, por su naturaleza de imprevisibles, corren por cuenta del Estado, abriendo las compuertas a toda clase de reclamaciones contra el patrimonio público, al amparo del principio de conmutatividad.

¹ Acta número 1480 –Reunión ordinaria del miércoles 7 de enero de 2009. Página 8.


² Informe Final Conjunto (Informe Número Tres), a cargo de Unión Temporal Valoración Concesión TV Abierta Unión temporal Correval –CGI, Bogotá, 2 de diciembre de 2008, Página 179

De ser así, la proyectada cláusula de asignación de riesgos a cargo del concesionario y la misma audiencia de riesgos celebrada en el día anterior, constituyen simplemente una “cortina de humo” que esconde la realidad jurídica del proceso: que se ha puesto en marcha una concesión con posterioridad a la Ley 1150 de 2007 en la que el Estado asume todos los riesgos del negocio jurídico, contraviniendo de esta manera el sentido y alcance del artículo 4°. de la referida Ley 1150 y exponiendo el patrimonio del Estado, graciosamente e irresponsablemente, a toda clase de contingencias.

- 8- La falencia anotada comporta una causal de nulidad de los pliegos de condiciones en la medida en que infringe la normatividad en que debe fundarse. Por lo mismo debe subsanarse en función de la tutela del orden jurídico, por cuya integridad deben velar todos los miembros de la junta directiva de la Comisión.

De esta manera, una vez expedida la adenda que por la presente se solicita, será necesario que se repita la audiencia ordenada en el artículo 4°. de la Ley 1150 de 2007, toda vez que la celebrada el día de ayer carecía del sustento material que permitiese el debate sobre la distribución de riesgos previsibles, al no encontrarse previamente “cuantificados” en los pliegos de condiciones.

De los señores directores,


JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ
Representante Legal
RCN Televisión S.A.


JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN
Representante Legal
CARACOL Televisión S.A.

c.c.: - Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación
- Dr. Julio César Turbay Quintero, Contralor General de la República