

**Respuestas a Observaciones, Comentarios y Solicitudes de Aclaración del Pliego de Condiciones para la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3, del 10 al 16 de diciembre de 2.009**

La Comisión Nacional de Televisión ha agrupado las comunicaciones recibidas entre el 10 y el 16 de diciembre de 2.009, en las que Canal Tres Televisión de Colombia S.A., Promotora Audiovisual de Colombia S.A, e Inversiones Rendiles S.A., plantean observaciones, solicitudes y comentarios en relación con la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3, las cuales se enuncian a continuación y se responden a través del presente documento.

**Listado de Comunicaciones.**

PROMOTORA AUDIOVISUAL DE COLOMBIA PACSA S.A.:

- Comunicación 2009-370-025570-2 del 11 de diciembre de 2.010.
- Comunicación 2009-370-025466-2 del 10 de diciembre de 2.010.
- Comunicación 2009-370-025466-2 del 10 de diciembre de 2.010.

CANAL 3 TELEVISIÓN DE COLOMBIA S.A.:

- Comunicación 2009-370-025661-2 del 11 de diciembre de 2.010.

INVERSIONES RENDILES S.A.:

- Comunicación 2009-370-025458-2 del 10 de diciembre de 2.010.
- Comunicación 2009-370-025931-2 del 14 de diciembre de 2.010.

**Respuestas.**

**Promotora Audiovisual de Colombia PACSA S.A. Comunicación 2009-370-025570-2 del 11 de diciembre de 2.010.**

**1.**

*“1. Punto 2.1.5.2.- Diseño de Red de Radiodifusión.  
El Proponente deberá presentar simulaciones de cubrimiento de tipo indicativo para la totalidad de las estaciones desde las cuales espera prestar el servicio en las siguientes ciudades: Bogotá y Soacha (Cundinamarca); Cali, Yumbo y Palmira (Valle); Armenia (Quindío); Pereira y Dosquebradas (Risaralda); Manizales (Caldas); Medellín, Envigado, Itagüí*

*y Bello (Antioquia); Cartagena (Bolívar); Barranquilla y Soledad (Atlántico); Santa Marta (Magdalena); Cúcuta y Los Patios (Norte de Santander); Bucaramanga, Floridablanca y Girón (Santander).”*

*Solicitud de aclaración.*

*Teniendo en cuenta que la respuesta de la CNTV a nuestra solicitud de aclaración no fue atendida en su totalidad en el documento de respuesta a las Solicitudes de Aclaración del Pliego de Condiciones para la Concesión para la Operación y Explotación del Canal Nacional de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3 publicado por la CNTV el 3 de diciembre del presente año, solicitamos a la CNTV que nos confirme si para dar cumplimiento a esta exigencia es suficiente con presentar sólo las simulaciones de cubrimiento de tipo indicativo, tal como lo exigen los Pliegos de Condiciones actualmente, o si por el contrario es necesario avanzar en estudios relacionados con interferencias.”*

**Respuesta:** La respuesta a este interrogante fue dada por la Comisión Nacional de Televisión en el documento de respuestas a las solicitudes de aclaración. En este sentido, nos permitimos confirmar que para dar cumplimiento a la exigencia es suficiente con presentar solo las simulaciones de cubrimiento de tipo indicativo. Por tanto no es necesario avanzar en estudios relacionados con interferencias.

**Promotora Audiovisual de Colombia PACSA S.A. Comunicación 2009-370-025466-2 del 10 de diciembre de 2.010.**

**2.**

*“1. Anexo No.2 – Modelo de documento de coadyuvancia.*

*Aparte pertinente.*

*El (los) suscrito(s), [identificación del (los) Socio(s) a través del (los) cual(es) se acreditó la experiencias para la calificación, clasificación e inscripción el RUO], coadyuvo(amos) la presentación de esta Propuesta para la selección del Concesionario para la Prestación del Servicio Público de Televisión en el Territorio Nacional mediante la Operación y Explotación del Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional No.3, y bajo la gravedad de juramento que se entiende prestado con la firma de esta Carta de Presentación de la Propuesta, ratifico(amos) y amplío(amos) hasta el cumplimiento de los primeros cinco (5) años contados a partir de la suscripción del Contrato de Concesión, y sin perjuicio de la posibilidad prevista en el parágrafo sexto del artículo 8 del Acuerdo No.001 de 2.008 de la Junta Directiva de la COMISIÓN, tal como fue modificado por el artículo 1 del Acuerdo No.002 de 2.008, mi(nuestro) compromiso de continuar como accionista(s) del Proponente **como mínimo con el mismo porcentaje de participación en el capital al que tenía(mos) al***

***momento de la inscripción en el RUO***, a participar activamente en la administración y operación de la sociedad en todo lo referente a la ejecución de las labores correspondientes a mi(nuestras) área(s) de experiencia y a aportar en forma real y efectiva tal experiencia a la sociedad. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

*Solicitud de modificación.*

*Solicitamos a la CNTV que se elimine el aparte subrayado del texto.*

*Justificación.*

*De conformidad con lo establecido en el Acuerdo 01 de 2.008 modificado por el Acuerdo 02 de 2.008 (el "RUO"), y tal como quedó establecido en los contratos de experiencia, capacidad y equipos que debieron suscribir los accionistas en cumplimiento del artículo 8 del RUO, los compromisos del accionista mediante el cual se acreditó la experiencia para la calificación, clasificación e inscripción en el RUO y a los cuales debe ceñirse el documento de coadyuvancia son (i) el de continuar como accionista del proponente, (ii) el de participar activamente en la administración y operación de la sociedad en todo lo referente a la ejecución de las labores correspondientes a las áreas de experiencia que acreditó, y (iii) el de aportar en forma real y efectiva tal experiencia a la sociedad.*

*En ningún artículo del RUO, así como en ninguna de las respuestas a los derechos de petición o a las observaciones de los interesados se puede encontrar alguna disposición que establezca una obligación del accionista mediante el cual se acreditó la experiencia de mantener el mismo porcentaje de participación que tenía al momento de inscripción en el RUO. Es más, en numerosas respuestas, la Comisión Nacional de Televisión ("CNTV") fue enfática al disponer que la restricción en materia de inversión extranjera no era un requisito para la inscripción en el RUO. Por esta razón, la composición accionaria de la sociedad que solicitó la inscripción al RUO no puede ser la misma que la de la sociedad que se presenta a la Licitación 01 de 2.009.*

*Así lo dispuso la CNTV en respuesta del 7 de mayo de 2.008 a un derecho de petición elevado por PACSA:*

*El Acuerdo No.001 de 2.008 señala que "las personas jurídicas que sean o aspiren ser Operadores Privados Comerciales del Servicio Pública de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional deberán demostrar antes de la celebración del respectivo contrato de concesión, que su capital no es poseído de manera directa o indirecta por personas naturales o jurídicas extranjeras no son beneficiarias reales de más del 40% del capital de la sociedad" (Subrayas fuera de texto).*

*El artículo transcrito exige que antes de la celebración del contrato de concesión, las personas jurídicas que sean o aspiren a ser operadores del servicio público de televisión demuestren que su capital no es poseído de manera directa o indirecta por personas naturales o jurídicas extranjeras en proporción superior al 40%. En tales condiciones, es claro que éste no es un requisito necesario para la inscripción en el Registro Único de*

*Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional.*

*Si bien es claro que el accionista mediante el cual se acreditó la experiencia debe permanecer como accionista de la sociedad, salvo que se surta el trámite establecido en el parágrafo 5 del artículo 8 del RUO, resulta absurdo e ilegal obligar a este accionista a mantener la misma composición accionaria que tenía al momento de inscribirse la sociedad en el RUO.*

*Establecer una obligación en este sentido implicaría no sólo una violación al RUO, sino a los principios de confianza legítima, y de libre negociabilidad de las acciones.”*

**Respuesta:** No es procedente acceder a la solicitud del observador. A juicio de la Comisión Nacional de Televisión son erradas las premisas con fundamento en las cuales el observador considera improcedente la exigencia consistente en que el accionista a través del cual se acreditó la experiencia, capacidad y profesionalismo para la inscripción en el RUO conserve la misma participación en la sociedad.

Lo primero que se advierte es que la acreditación de la experiencia, capacidad y profesionalismo no necesariamente debió hacerse a través de inversionistas extranjeros, y por ello, no es congruente exponer argumentos relacionados con pronunciamientos de la Comisión al respecto de la acreditación de la inversión extranjera, para pretender sostener que no es dable exigir la permanencia y participación del socio a través del cual se acreditaron las calidades en cuestión.

Ahora bien, en la medida en que por mandato legal, la inversión extranjera sólo puede alcanzar hasta un 40% de la sociedad concesionaria, es claro que el único evento en que sería admisible que se redujera el porcentaje de participación del socio a través del cual se acreditó experiencia, capacidad o profesionalismo en el RUO, sería aquel en el que la inversión del socio en cuestión sea calificada como extranjera por nuestro ordenamiento jurídico y exceda el porcentaje máximo que para la misma establece el artículo 34 de la Ley 182 de 1.995. En dicho evento, su participación en la sociedad deberá respetar este límite máximo y, en esas condiciones, la composición de capital del proponente sí podría cambiar con respecto a la relacionada en el RUO.

Así mismo, no es ajustada a la realidad la premisa según la cual, a través de la exigencia cuestionada por el observador, se obliga a mantener la misma composición accionaria que tenía la sociedad respectiva al momento de inscribirse en el RUO, pues, tal apreciación pasa por alto que la exigencia de permanecer en la sociedad y mantener como mínimo el

mismo porcentaje de participación, solamente se predica de los socios a través de los cuales se acreditaron las calidades tantas veces referidas.

De igual manera, tampoco es exacta la premisa según la cual la exigencia cuestionada desconoce el RUO. El compromiso de conservar como accionistas por lo menos durante los primeros cinco (5) años de vigencia del Contrato, a aquellos accionistas a través de los cuales se 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, es un compromiso contractual independiente y diferente de aquél establecido para la inscripción en el RUO.

El mismo resulta necesario, en la medida en que mientras en el RUO se reglamentó lo atinente a la inscripción para estar habilitado para licitar y ser concesionario, en el contrato de Concesión se regula la materialización de esa expectativa, la cual demanda tener la seguridad de que el nuevo Concesionario contará por lo menos durante la preparación para la entrada en operación de la concesión y los primeros años de la misma, con el soporte de experiencia requerido para el desarrollo del objeto contractual por parte de quien acreditó dichas condiciones en el RUO. Esa obligación es consecuencia, además, de lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 680 de 2.001 en materia de transferencia de tecnología, la cual se logra asegurar, en el caso de proponentes, adjudicatario o concesionario que tengan inversionistas extranjeros, con la permanencia de quienes fueron tenidos en cuenta para efectos de la evaluación, calificación y clasificación realizada en el RUO.

Finalmente, la libre negociabilidad de las acciones se respeta, y a su vez se conjuga con la necesidad de asegurar que el nuevo Concesionario contará con el soporte de experiencia requerido para el desarrollo del objeto contractual, con las disposiciones del RUO que prevén la posibilidad de cambio del socio o accionista que acreditó la experiencia, profesionalismo y/o capacidad para la inscripción, calificación y clasificación en el RUO, previstas en forma clara en el Parágrafo Sexto del Artículo 8 del Acuerdo No.001 de 2.008, así:

*“Parágrafo Sexto: Cuando quiera que quien acredite experiencia, profesionalismo y capacidad en cualquiera de las áreas antes mencionadas sea un socio o accionista del solicitante, deberán acompañarse a la solicitud de inscripción contratos suscritos entre los socios o accionistas del solicitante, y entre ellos y éste último, mediante los cuales los*

*primeros se comprometen en forma clara y exigible a continuar como socios o accionistas del solicitante, a participar activamente en la administración y operación de la sociedad en todo lo referente a la ejecución de las labores correspondientes a su área de experiencia y a aportar en forma real y efectiva tal experiencia a la sociedad durante al menos cinco (5) años contados a partir de la fecha de la solicitud de inscripción.*

*Cualquiera de los socios o accionistas a que se refiere el párrafo anterior podrá cambiar antes de los 5 años allí establecidos, previo concepto favorable de la Comisión Nacional de Televisión, siempre y cuando sea reemplazado por un socio u accionista, cuya experiencia, profesionalismo, capacidad técnica o disponibilidad de equipos cumpla con los requisitos establecidos en el presente Acuerdo y obtenga la calificación de PASA en la categoría correspondiente. El nuevo socio o accionista deberá suscribir con el solicitante o sus socios o accionistas acuerdos de contenido y alcances iguales a los establecidos en el párrafo precedente.”*

**Promotora Audiovisual de Colombia PACSA S.A. Comunicación 2009-370-025466-2 del 10 de diciembre de 2.010.**

**3.**

*“1. Numerales 2.1.7.1 Prohibición de Operar Simultáneamente dos Concesiones, 3.3. Conformación de las Propuestas, 5.1.6. Renuncia a otras concesiones y numeral 9 del Anexo No.2 Carta de Presentación de la Propuesta.*

*1.1. Apartes pertinentes.*

*a. Numeral 2.1.7.1. El Proponente, socio o Beneficiario Real que se encuentre incurso en una de las hipótesis previstas en el artículo 56 de la Ley 182 de 1.995, según como fue modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1.996, deberá manifestarlo expresamente en la Carta de Presentación de la Propuesta, y adjuntar un documento suscrito por el representante legal del Proponente, del socio o del Beneficiario Real que se encuentre en dicha situación, en el que bajo la gravedad de juramento se obligue de manera clara, específica e inequívoca a renunciar, en el evento de que resulte Adjudicatario de la presente Licitación, a la concesión de la que sea titular, a pagar las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones causados que estuvieren pendientes de pago, o que se deban pagar hasta*

el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que se renuncia y a no solicitar la devolución de las tasas, tarifas, derechos o demás contraprestaciones que hubiere pagado por tal concepto.

b. Numeral 3.3. Las Propuestas estarán conformadas por:

(iii) En el evento en que con la adjudicación o suscripción del contrato que se llegue a celebrar por cuenta de esta Licitación, el Proponente, o uno, algunos o todos sus socios o Beneficiarios Reales pudiera(n) incurrir en una de las hipótesis previstas en los incisos tercero y cuarto del artículo 56 de la Ley 182 de 1.995, tal como fue modificada por el artículo 13 de la Ley 335 de 1.996, el documento suscrito por el representante legal del Proponente, socio o Beneficiario Real que se encuentre en dicha situación, en el que bajo la gravedad de juramento se obligue de manera clara, específica e inequívoca a renunciar a la concesión de la que sea titular en el evento en que el Proponente resulte Adjudicatario de la presente Licitación, a pagar las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones causados que estuvieren pendientes de pago, o que deban pagarse hasta el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que se renuncia, así como a no solicitar la devolución de las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones que hubiere pagado por ese concepto.

c. Numeral 5.1.6. Renuncia a otras concesiones:

Para dar cumplimiento al artículo 56 de la Ley 182 de 1.995, según como fue modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1.996, y de conformidad con lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 7 de octubre de 2009 (Radicado 1966), el socio del Adjudicatario que sea concesionario en los canales nacionales de operación pública, y/u operador o contratista de los canales regionales, y/u operador o contratista de estaciones locales de televisión, así como el Beneficiario Real que sea concesionario en un nivel territorial distinto, o el Adjudicatario que participe directamente o como Beneficiario Real, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto, deberá renunciar a sus concesiones y manifestar de manera clara que pagará las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones causados que estuvieren pendientes de pago, o que deban pagarse hasta el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que se renuncia y que no solicitará la devolución de cualquier tasa, tarifa, derecho o contraprestación que hubiere pagado por tal concepto.

1.2. Solicitud de modificación.

Solicitamos que se eliminen los apartes subrayados.

1.3. Justificación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 335 de 1.996, los concesionarios de espacios de televisión tienen la facultad de renunciar a sus contratos son que haya lugar a indemnización alguna por este concepto. El mencionado artículo dispone:

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder

*a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por éste concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, resulta violatorio a la normatividad citada, que se obligue a los concesionarios al pago de tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones que no se hayan causado, y que pudiera causarse hasta el vencimiento del plazo. La nueva redacción del Pliego estaría en la práctica obligando a los concesionarios a indemnizar perjuicios a la CNTV al tener que cancelar pagos que no se causaron, y extinguiendo por vía contractual un derecho que legalmente se les otorgó a los concesionarios de espacios de televisión.”*

**Respuesta:** La solicitud no es procedente. Al respecto de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1.996, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 2.000, con ponencia del Consejero Manuel Urueta, avaló la consideración de que la misma “*en momento alguno implica que el Estado renuncie a cobrar las deudas pendientes en su favor*”. Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 1.998 señaló al respecto que:

*“En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, **o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público**; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.”* (Destacado fuera de texto)

En este sentido, la Subdirección de Asuntos Legales de la Comisión Nacional de Televisión en concepto 20093420015293 del 18 de febrero de 2.009 señaló que “*Así, la facultad que tiene el operador de renunciar a la concesión, no le otorga ningún derecho a reclamar los valores pagados a la CNTV, ni lo exime de cancelar las obligaciones económicas que tenga con la Entidad, incluyendo los valores adeudados por la concesión (...), más aún, y como se explicará a renglón seguido, la causación del valor total de la*

*concesión en el servicio público de televisión, se da por el hecho de su otorgamiento, sin considerar la operación y explotación del mismo, constituyéndose en consecuencia una obligación para el concesionario. Así, no puede confundirse la facultad que tienen los concesionarios para renunciar a la concesión que les ha sido otorgada, sin lugar a indemnización, con las obligaciones que ya se encuentren causadas, las cuales, se reitera, deben ser canceladas a la CNTV.”*

**4.**

*“1. Garantía de Seriedad de la Propuesta.*

*1.1. Apartes pertinentes:*

*a. Numeral 3.7. Se adiciona una causal de rechazo de la Oferta:*

*Cuando el Proponente no prorrogue oportunamente la Garantía de Seriedad de la Propuesta en el caso de ampliación de los plazos previstos para la presentación de las Propuestas, y/o para la verificación, evaluación y Adjudicación, y/o para la suscripción del Contrato, o en cualquier otro evento en que los plazos sean suspendidos por la Comisión Nacional de Televisión mediante acto administrativo motivado.*

*b. Incisos (viñetas) 3, 4, 5, 6, 7 y 11, del numeral 2.1.10.2.*

*1.2. Solicitud de modificación:*

*a. Solicitamos que se elimine esta causal de rechazo o al menos se establezca un plazo máximo de tres meses para las eventuales prórrogas.*

*b. Solicitamos que se eliminen los incisos mencionados al no corresponder a la normatividad vigente.*

*1.3. Justificación.*

*a. Pacsa ha consultado con múltiples compañías de seguros las condiciones impuestas en el Pliego en relación con esta póliza. La totalidad de las compañías consultadas se han mostrado reacias a expedir una póliza de garantía de seriedad de la propuesta en las condiciones actuales del Pliego por el alto grado de incertidumbre que generan los requisitos establecidos.*

*b. El decreto 4828 de 2.008 establece en su artículo 4.1. una lista taxativa de los riesgos que no se encuentran listados en el Decreto 4828 de 2.008, estaría violando la normativa de contratación vigente.*

**Respuesta:** Las solicitudes formuladas no son procedentes. En cuanto a eliminar la causal de rechazo referida a la falta de prórroga de la garantía de seriedad o la limitación temporal que se solicita en subsidio, se recuerda que de acuerdo con el artículo 7.1. del Decreto 4828 de 2.008 la vigencia de la garantía de seriedad debe extenderse “desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.”. Por ende, es imprescindible para que la Propuesta pueda ser considerada, que la garantía de seriedad correspondiente se encuentre vigente en todo momento.

En lo referente a la supresión de algunas coberturas de la garantía de seriedad, lo primero que se pone de presente es que el Decreto 4828 de 2.008 establece diversas clases de garantías de seriedad de la oferta y no únicamente pólizas de seguro. Así mismo, la Comisión Nacional de Televisión considera que la garantía de seriedad de la oferta se ajusta al régimen jurídico de garantías previsto en la Ley 1150 de 2.007 y en el Decreto 4828 que reglamenta esta materia. El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que *“los proponentes prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato”, y el Decreto 4828 en su artículo 4 dispone que “la garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, **de manera enunciativa** se señalan en el siguiente artículo (...)”*

Las normas citadas permiten que la entidad contratante determine cuáles son los eventos que considera deben estar amparados por la Garantía de Seriedad de la Oferta, es decir, qué obligaciones derivadas de la presentación de la propuesta deben estar cubiertas por la garantía. Así lo indica el tenor literal del artículo 4 del Decreto 4828 de 2.008, cuando dispone que la garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento, y advierte en forma explícita que los eventos que inmediatamente señala son enunciativos, lo que permite colegir que las situaciones de hecho amparadas por la garantía de seriedad de la oferta pueden ser algunas de las previstas en el artículo 4 del Decreto 4828, todas las allí contempladas, o las adicionales que la entidad contratante considere pertinente incluir.

## 5.

*“2. Garantía de cumplimiento.*

*2.1. Aparte pertinente.*

*“Minuta del Contrato. CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA.- GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.*

*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 presente Contrato, con vigencia igual a la duración del Contrato y tres (3) años más.*

*2.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se elimine el aparte subrayado.*

*2.3. Justificación.*

*En relación con la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, el Pliego de Condiciones y la minuta del contrato deben acogerse al Decreto 4828 de 2.008, la CNTV debe ser consciente que no es libre de imponer las condiciones que rigen las garantías sino que debe ceñirse a la normatividad en la materia. El Artículo 7.9 del decreto 4828 de 2.008 establece en relación con la vigencia de la póliza de Responsabilidad Civil*

*Extracontractual que esta debe ser por el plazo de ejecución del contrato el mencionado artículo dispone:*

*7.9. Responsabilidad extracontractual. El valor asegurado en las pólizas que amparan la responsabilidad extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, y en ningún caso inferior a doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (200 smlmv) al momento de la expedición de la póliza. La vigencia de esta garantía se otorgará por todo el período de ejecución del contrato.”*

**Respuesta:** No es procedente la solicitud formulada. El artículo 7.9 del Decreto 4828 de 2.008 señala el monto mínimo del valor asegurado en la póliza de responsabilidad extracontractual, y establece que ella debe ser otorgada por todo el período de ejecución del contrato. De allí no se desprende que la administración no pueda exigir un lapso de vigencia más amplio, sino únicamente el imperativo de que la póliza esté vigente durante la ejecución del contrato.

## **6.**

*“3. Cláusula Primera. Objeto. Parágrafo segundo y Cláusula Octava. Valor de las frecuencias.*

*3.1. Aparte pertinente.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO. El servicio de televisión objeto de ésta concesión se prestará en las frecuencias asignadas para el canal nacional de televisión de operación privada No.3, de acuerdo con el Plan de Utilización de Frecuencias de Televisión que defina LA COMISIÓN. Tales frecuencias podrán ser modificadas por LA COMISIÓN y EL CONCESIONARIO deberá cumplir dicha decisión, asumiendo las consecuencias de la misma. La COMISIÓN podrá también reasignar frecuencias con base en solicitudes de concesionarios u operadores.*

*3.2. Solicitud de aclaración.*

*De conformidad con lo indicado en el aparte transcrito, solicitamos se precise en la cláusula del contrato que cualquier modificación de las frecuencias por parte de la CNTV deberá ser notificada a los concesionarios con un término de antelación no inferior a ciento ochenta (180) días calendario, con el fin de no generar afectación en la operación comercial.*

*Así mismo, solicitamos que la CNTV precise a que se refiere la expresión “asumiendo las consecuencias de las mismas”, en el sentido de que la totalidad de las consecuencias económicas y de operación serán asumidas por la Comisión Nacional de Televisión.”*

**Respuesta:** No es procedente que por vía de un Pliego de Condiciones se limiten las facultades y funciones constitucionales y legales que le asisten a la Comisión Nacional de Televisión en materia de gestión del espectro destinado al servicio de televisión, y por ende no es posible acceder a restringir temporalmente la facultad de la Entidad para la modificación de las frecuencias. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de Televisión pone de presente que las decisiones que adopte en la materia tomarán en consideración la necesidad de garantizar la continuidad y normalidad en la prestación del servicio, informando a los operadores con el mayor tiempo de antelación posible.

En cuanto a la solicitud de incluir una previsión según la cual la Comisión Nacional de Televisión asumirá “*la totalidad de las consecuencias económicas y de operación*” de la modificación de las frecuencias, tampoco es posible acceder a lo solicitado, pues las mismas han de ser asumidas por el Concesionario.

## 7.

*“4. Cláusula Sexta. Precio.*

*4.1. Aparte pertinente.*

*CLÁUSULA SEXTA.- PRECIO: El Precio de la Concesión será el fijado por LA COMISIÓN en la resolución de adjudicación de la Licitación No.001 de 2.0\_\_, correspondiente 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 2.009 según consta en el Acta No.1480, más la suma de dinero ofrecida por EL CONCESIONARIO en su Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno o Número Dos, según sea el caso.*

*4.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que dentro de la presente cláusula se indique la suma de dinero ofrecida por el Concesionario en su Oferta Económica para Competir y Ser Elegido.”*

**Respuesta:** La solicitud es improcedente en la medida en que el Precio de la Concesión será el que resulte de sumar el Precio Base más la suma de dinero ofrecida por el Concesionario en su Oferta Económica de Mejoramiento Número Dos (salvo que sólo haya lugar a la presentación de la Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno, por existir en ella una diferencia mayor al 30% entre los valores ofertados por los Proponentes respectivos). El único evento en el que el precio de la concesión sería el indicado por el observador, es cuando haya un Proponente Habilitado Único, evento en el cual, de conformidad con lo indicado en el numeral 2.4. del Pliego de Condiciones, “*deberá entenderse que siempre que este Pliego de Condiciones y sus Anexos se refieran a la Oferta Económica de*

*Mejoramiento, habrá de considerarse como tal a la Oferta Económica para Competir y Ser Elegido presentada por el Proponente Habilitado Único.”*

Se pone de presente que el texto citado por el observador, fue modificado por la Adenda No.3, en el sentido de precisar que el Precio Base ha de ser reajustado en función del IPC al último día del mes anterior a la suscripción del contrato.

## **8.**

*5. Cláusula Sexta. Precio.*

*5.1. Aparte pertinente.*

*“1ª. Trimestralmente, a partir de la fecha que determine LA COMISIÓN, y hasta el 31 de diciembre de 2.010, 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, 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.*

*5.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que la presente cláusula del contrato, establezca expresamente la fecha a partir de la cual la CNTV, realizará el cálculo de la INPTV, lo anterior, con el fin de que los proponentes puedan realizar sus propias proyecciones financieras en torno al comportamiento de la fórmula de ajuste de precio base.”*

**Respuesta:** No es procedente la solicitud. El cálculo de la INPTV será determinado por un tercero idóneo denominado Auditor, y no por la Comisión Nacional de Televisión. El Auditor deberá determinar dicho valor entre el 1 de enero de 2.009 y el 31 de diciembre de 2.010, calculado a precios constantes del 31 de diciembre de 2.008.

## **9.**

*“6. Cláusula Sexta. Precio.*

*6.1. Aparte pertinente.*

*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 veinticinco por ciento (25%) por éste. No obstante, EL*

*CONCESIONARIO concurrirá al pago del porcentaje que le corresponda sufragar a LA COMISIÓN, de tal suerte que este podrá imputar el valor a cargo de LA COMISIÓN al monto de la siguiente cuota, según se establece en la Cláusula Séptima del presente Contrato.*

*6.2. Solicitud de modificación y aclaración.*

*Considerando que actualmente ya se han suscrito las prórrogas de los contratos de concesión de los canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional No.1 y No.2, solicitamos que expresamente se indique el nombre del Auditor que adelantará la determinación del valor de la INPTV.*

*Así mismo, solicitamos a la CNTV, que nos indique cuál será el mecanismo de selección de este auditor, en el evento en el que el inicialmente contemplado por el contrato de concesión no pueda adelantar sus actividades de valoración. ¿Es dable entender que al ser contratado por el nuevo concesionario, podrá este contratarlo a su libre criterio y determinación?”*

**Respuesta:** No se estima necesario introducir la modificación solicitada por el observador, pues en la cláusula se identifica con claridad que el Auditor “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.”. En cuanto a la situación hipotética planteada por el observador referida a que el Auditor inicialmente designado no pueda adelantar sus actividades, el mecanismo de reemplazo del Auditor se definirá con los concesionarios de los canales nacionales No.1, 2 y 3.

## **10.**

*“7. Cláusula Séptima. Forma de pago del precio.*

*7.1. Aparte pertinente.*

*“(…)*

*Una vez adoptada por LA COMISIÓN la decisión de adelantar el apagón analógico, la Entidad definirá el monto de los recursos correspondientes a la inversión no realizada en red analógica, que deberán ser pagados por EL CONCESIONARIO a LA COMISIÓN. Dicho monto se calculará tomando en consideración, que la suma total correspondiente a las inversiones en red analógica, con fundamento en la cual se calculó el Precio Base de la Concesión, corresponde a setenta y un mil setecientos veinticuatro millones de pesos (\$71.724.000.000), y por ende, una vez definido el porcentaje de las inversiones pendientes de realizar para cumplir con el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica, el monto que EL CONCESIONARIO deberá pagar a LA COMISIÓN será el que resulte de calcular este porcentaje sobre la suma de setenta y un mil setecientos*

*veinticuatro millones de pesos (\$71.724.000.000).*

*7.2. Solicitud de aclaración y modificación.*

*a. Solicitamos a la CNTV que se elimine en su totalidad el segundo literal del párrafo tercero.*

*b. Subsidiariamente, solicitamos a la CNTV aclararnos las siguientes inquietudes en relación con este aparte:*

*6.2.1. ¿Cómo se medirá el cumplimiento en el cubrimiento de red analógica? ¿Será por los montos invertidos o por la cobertura geográfica?*

*6.2.2. ¿Qué sucederá en caso de que el cubrimiento en red analógica se logre con una inversión inferior a los setenta y un mil setecientos veinticuatro millones de pesos (\$71.724.000.000)? ¿Se hará el cálculo sobre este menor valor?*

*6.2.3. En caso de que no se construya una red sino que se logre la totalidad del cubrimiento en red analógica mediante el acceso a redes existentes del Estado o de particulares, ¿se tendrá que devolver alguna suma a la CNTV? ¿se tendrán que devolver los setenta y un mil setecientos veinticuatro millones de pesos (\$71.74.000.000)? ¿se tendrán en cuenta los costos de acceso y arrendamiento de las redes existentes para descontarlo de los setenta y un mil setecientos veinticuatro millones de pesos (\$71.724.000.000)?*

*6.2.4. ¿Cómo será la responsabilidad de la CNTV en caso de que el apagón se realice después del quinto año?”*

**Respuesta:** No es posible eliminar el literal que se solicita suprimir, pues el precio de la concesión tiene implícitas inversiones en red analógica y digital, y por ende en el evento en el que la Comisión determine o autorice que el apagón analógico se realice antes del cumplimiento de los cinco años previstos para implementar el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica, el Concesionario deberá pagar a la Entidad los recursos correspondientes a la inversión pendiente de realizar para cumplir el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica.

En cuanto al interrogante planteado en el numeral 6.2.1., el cumplimiento en red analógica se verificará por la cobertura de los municipios relacionados en el Anexo No.8 del Pliego de Condiciones.

En lo referente al numeral 6.2.2., en caso de que el Concesionario dé cumplimiento al Plan de Expansión de Cobertura del Anexo No.8, en los plazos establecidos, no se procederá a realizar cálculo sobre ese menor valor.

Respecto al numeral 6.2.3., se reitera que mientras que el Concesionario cumpla con la cobertura analógica establecida en el Anexo No.8 del Pliego de Condiciones, en los plazos establecidos, independientemente de los

costos en que incurra, no se procederá a hacer ningún descuento al Concesionario.

Finalmente, en cuanto al interrogante formulado en el numeral 6.2.4., no hay responsabilidad de la Comisión Nacional de Televisión, ya que en todo caso es obligación del Concesionario implementar los planes de expansión de cobertura de red analógica y de red digital en los términos exigidos por la Comisión Nacional de Televisión en el Anexo No.8 del Pliego de Condiciones.

## 11.

*“8. Cláusula Séptima. Forma de Pago del Precio de la Concesión. Parágrafo Quinto.*

*8.1. Aparte pertinente.*

*Una vez entre en funcionamiento la televisión digital terrestre y termine el período de transición de la televisión analógica, LA COMISIÓN recobrará la disponibilidad plena de las frecuencias asignadas a EL CONCESIONARIO para la prestación del servicio con la tecnología analógica. LA COMISIÓN determinará la forma y oportunidad para la devolución de las frecuencias sin que dicha devolución tenga costo alguno.*

*8.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se adicione expresamente en el texto del parágrafo antes citado, que la devolución de las frecuencias se realizará sin que dicha devolución tenga costo alguno a cargo del CONCESIONARIO.”*

**Respuesta:** El texto de la cláusula es claro, y no admite la variación sugerida por el observador, al establecer que *“LA COMISIÓN determinará la forma y oportunidad para la devolución de las frecuencias sin que dicha devolución tenga costo alguno.”*

## 12.

*“9. Cláusula Décima Quinta. Riesgos de el Concesionario.*

*9.1. Aparte pertinente.*

*o) En general los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos, técnicos y de mercado, necesarios para cumplir las obligaciones de EL CONCESIONARIOS 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.*

*9.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se dé cumplimiento a lo expresado por la CNTV en su*

*escrito de observaciones a la matriz de riesgos y se proceda a la modificación de este riesgo, en los términos citados en el mencionado documento:*

*La CNTV acoge parcialmente su solicitud, y decide, sin perjuicio de lo expuesto en otros apartes de este documento, modificar la redacción con la cual se asigna el riesgo soberano en el literal o) del numeral 6.2. del Pliego de Condiciones y de la minuta del Contrato de Concesión, que quedará así:*

*“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 los 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 la variación en las leyes que afecten la ejecución del contrato”.*

*La modificación enunciada será materia de adenda.”*

**Respuesta:** Se le pone de presente al observador que la modificación en cuestión fue incluida desde antes de la presentación del documento al que se le está dando respuesta. Se sugiere consultar la Adenda No.2 publicada el día 3 de diciembre de 2.009.

### **13.**

*“10. Cláusula Décima Quinta. Riesgos del CONCESIONARIO.*

*10.1. Aparte pertinente.*

*Esta garantía podrá expedirse por un término de vigencia inferior al del presente Contrato, siempre que EL CONCESIONARIO se obligue a obtener la prórroga de la garantía a más tardar quince (15) días calendario anteriores a su vencimiento, teniendo en cuenta las siguientes etapas:*

- Preoperativa: Desde la suscripción del Contrato hasta el inicio de la operación comercial.*
- Primera Parte de la Etapa Operativa: Desde el inicio de la operación comercial hasta la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica de conformidad con el Plan de Expansión de Cobertura que hace parte del presente Contrato como Apéndice No.3.*
- Segunda Parte de la Etapa Operativa: Desde la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica en adelante.*

*10.2. Solicitud de modificación.*

*Considerando que a diferencia de lo consagrado en la Minuta del Contrato que se publicó en conjunto con el Proyecto de Pliego de Condiciones, es la primera vez que se menciona la división del contrato por etapas, indicándose tres (3) etapas de ejecución contractual, solicitamos que tal*

*división y la fecha exacta de si duración o por lo menos el mes exacto de cumplimiento de la condición que señala la terminación de cada etapa, se indique de manera expresa en la cláusula quinta – plazo del contrato.*

*Así las cosas, solicitamos que se incluya expresamente en la mencionada cláusula la duración de las etapas.*

*Justificación.*

*Sustentamos nuestra solicitud de modificación en el hecho de que la división del proyecto por etapas, no es un aspecto que únicamente afecta el otorgamiento de garantías, sino que incide sustancialmente en el modelo financiero en lo referente a los temas contables y tributarios del manejo de la concesión y de los bienes que la integran. Mantener una incertidumbre en este sentido puede afectar seriamente los aspectos mencionados.”*

**Respuesta:** La previsión de la posibilidad de dividir el otorgamiento de la garantía de cumplimiento en etapas no es novedosa. La misma está incluida desde la publicación del Pliego de Condiciones, y no hace otra cosa que acoger lo dispuesto en el Decreto 2493 del 3 de julio de 2.009, expedido con posterioridad a la publicación del Proyecto de Pliego, con el fin de facilitar la consecución en el mercado asegurador de la garantía en cuestión.

Ahora bien, las etapas en las que se puede dividir el otorgamiento de la garantía están perfectamente delimitadas, y por ende no se explica la inquietud del observador. En efecto, las mismas son las que se indican a continuación y su duración es la siguiente:

- Preoperativa: Desde la suscripción del contrato hasta el inicio de la operación comercial. Esto es, desde la firma del contrato que debe ocurrir en los términos indicados en el numeral 5.3. del Pliego de Condiciones, y hasta el inicio de la operación comercial, que debe ocurrir en los términos previstos en la cláusula cuadragésima novena de la minuta del contrato, esto es, a más tardar dentro del año siguiente a la suscripción del contrato, pero no antes del 1 de julio de 2.010.
- Primera Parte de la Etapa Operativa: Desde el inicio de la operación comercial hasta la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica, de conformidad con el Plan de Expansión de Cobertura que hace parte del presente Contrato como Apéndice No.3. Esto es, desde el inicio de la operación comercial según como se explicó en el punto anterior, y hasta la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica, que de acuerdo con el Anexo No.8 del Pliego, deberá ocurrir el año No.5, contado el primero “a partir de la fecha de inicio de la operación comercial.

- Segunda Parte de la Etapa Operativa: Desde la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica en adelante. Esto es, desde la terminación de la implementación del Plan de Expansión de Cobertura según se explicó en el punto anterior, hasta la finalización del contrato.

#### 14.

*“11. Cláusula Trigésima Sexta. Multas y sanciones.*

*11.1. Aparte pertinente.*

*CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA.- MULTAS Y SANCIONES. LA COMISIÓN podrá imponer multas a EL CONCESIONARIO, a menos que el contrato, las leyes o los reglamentos señalen una sanción específica diferente por la infracción. Las multas se impondrán cada vez que EL CONCESIONARIO incumpla con las obligaciones a su cargo y serán proporcionales a la gravedad del incumplimiento de EL CONCESIONARIO y al valor actualizado del contrato. Las multas impuestas se reportarán al Registro de Operadores Privados Comerciales del Servicio Público de Televisión en el Nivel de Cubrimiento Nacional.*

*Para efectos de la imposición de multas, LA COMISIÓN aplicará el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo, así como lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.*

*11.2. Solicitud de modificación.*

*De acuerdo con el aparte citado, la COMISIÓN queda facultada para la imposición de multas adicionales a las contenidas en el contrato, las leyes o los reglamentos, pudiendo dichas multas ser impuestas cada vez que el CONCESIONARIO incumpla con las obligaciones a su cargo y serán proporcionales a la gravedad del incumplimiento del Concesionario y el valor actualizado del contrato.*

*Solicitamos se proceda a la modificación de esta cláusula, eliminando la facultad discrecional de la CNTV para imponer multas que no aparecen consagradas en el contrato y en la ley.*

*Justificación.*

*El texto actual de esta cláusula es ilegal pues el régimen de multas en un contrato estatal, al ser un derecho sancionador, debe dar cumplimiento al primero de los principios reguladores del derecho punitivo, como lo es el de tipicidad de la conducta y la sanción; ambas en aplicación del derecho constitucional de legalidad de la sanción y del derecho al debido proceso.*

*Al respecto, el Consejo de Estado, mediante auto 14821 de fecha 28 de septiembre de 1.998. M.P. Ricardo Hoyos Duque señaló:*

*“El Constituyente Colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP.29) Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En*

*materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la prescripción de la responsabilidad objetiva – nulla poena sine culpa – la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho a la defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra si mismo el derecho de contradicción , la prohibición del non bis in ídem y de la analogía in malam partem, entre otras(...)*

*“El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado - v.gr. existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario, los principios constitucionales del debido proceso (C.P., art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.*

*Este aspecto también nos lleva al punto de que la cláusula en comento debe contener, de manera expresa las sanciones que aplicará la CNTV al contratista al momento de generarse la causal respectiva, las cuales deben ser de entero conocimiento por parte de los proponentes de manera previa a la presentación de la oferta.*

*De igual forma dando cumplimiento al derecho fundamental al debido proceso consagrado en la Constitución Política de Colombia y en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2.007, solicitamos que expresamente se consagre el procedimiento que adelantará la CNTV para el ejercicio de su potestad sancionadora, que en todo caso, debe recoger como mínimo lo indicado en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2.008, que señala:*

*Procedimiento de imposición de multas. De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.*

*Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.*

*En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.”*

**Repuesta:** La cláusula es clara en señalar que *“Las multas se impondrán cada vez que EL CONCESIONARIO incumpla con las obligaciones a su cargo”*, y por ende no resulta afortunado el esfuerzo de descontextualizar la disposición. La Comisión Nacional de Televisión no encuentra procedente esta observación pues, a su juicio, la cláusula trigésima sexta es clara en señalar que las multas se impondrán cada vez que el Concesionario incumpla las obligaciones a su cargo, las cuales se encuentran plenamente determinadas en la Minuta del Contrato. Así mismo, tampoco encuentra procedente incluir en el contrato *“el procedimiento que adelantará la CNTV para el ejercicio de su potestad sancionadora”*, pues como lo establece el mismo artículo citado por el observador *“la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción”*.

Ahora bien, la obligatoriedad de observar el debido proceso no se deriva de la voluntad de las partes, sino que es un mandato constitucional y legal, y por ende no puede pretenderse de antemano que se considere ilegal la disposición en cuestión cuando la misma no hace más que replicar lo que en la materia disponen el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el literal d) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, los cuales en todo caso serían exigibles incluso si la cláusula no hiciera mención de ellos.

## 15.

*“12. Cláusula Trigésima Octava. Subcontratos.*

*12.1. Aparte pertinente.*

*CLÁUSULA TRIGÉSIMA OCTAVA.- SUBCONTRATOS. EL CONCESIONARIO no podrá subcontratar ni en todo ni en parte el objeto del presente contrato, ni entregar espacios en arrendamiento a terceros.*

*El CONCESIONARIO podrá contratar con terceros la venta de publicidad y la transmisión y emisión de sus señales, pero responderá ante la COMISIÓN por la idoneidad y calidad de las actividades subcontratadas. En ningún caso El CONCESIONARIO podrá retransmitir como programación habitual, señales de televisión provenientes del exterior cuya titularidad corresponda a un tercero, salvo que se trate de la transmisión de eventos especiales.*

*12.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se modifique la redacción de esta cláusula permitiéndole al concesionario la realización de subcontratos.*

*Justificación.*

*Es claro que en la operación de un concesionario existen muchas actividades que se realizan mediante la subcontratación; esto se debe tanto a razones técnicas como de eficiencia económica, tal como sucede por*

*ejemplo con la construcción de la red para la prestación del servicio público de televisión que no puede ser directamente ejecutada por el operador sino por el personal técnico especializado, que debe realizar labores de ejecución de obra civil o de carácter tecnológico.*

*Entendemos que la intención de la cláusula es que el CONCESIONARIO no pueda realizar la subcontratación de lo que se considera el corazón del contrato, esto es de la operación propia del canal de televisión, sin embargo, la redacción actual de la cláusula restringe la realización de todo tipo de subcontratos, aún aquellos que pueden ser necesarios para el diseño, e implementación de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de televisión.”*

**Respuesta:** A juicio de la Comisión Nacional de Televisión la cláusula es clara y por ello no estima procedente modificar su redacción; sin embargo, quiere dejar en claro que concuerda con la interpretación de que no puede subcontratarse *“lo que se considera el corazón del contrato, esto es de la operación propia del canal de televisión”*.

## **16.**

*“13. Cláusula Cuadragésima Octava. Valor del Contrato.*

*13.1. Aparte pertinente.*

*CLÁUSULA CUADRAGESIMA OCTAVA.- VALOR DEL CONTRATO. Para todos los efectos el valor del presente contrato es el Precio de la Concesión expresado en la cláusula sexta, es decir la suma de sesenta y nueve mil doscientos setenta y seis millones de pesos (\$69.276.000.000), mas la cifra ofrecida por el Concesionario en su Propuesta como Oferta para Competir y ser Elegido, o en su caso la que haya resultado de su Oferta Económica de Mejoramiento.*

*13.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se modifique el título de la mencionada cláusula, toda vez que el valor del contrato es un valor estimado, que puede ser objeto de modificación*

**Respuesta:** No se encuentra razonable modificar el título de la cláusula, pues el mismo es coherente y consecuente con el texto de la cláusula misma.

Se pone de presente que el texto citado por el observador, fue modificado por la Adenda No.3, en el sentido de precisar que el Precio Base ha de ser reajustado en función del IPC al último día del mes anterior a la suscripción del contrato.

## **17.**

*14. Cláusula cuadragésima novena. Iniciación de la prestación del servicio.*

14.1.

*Aparte pertinente.*

*CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA NOVENA.- INICIACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. LA COMISIÓN verificará y constatará el cumplimiento de las normas que regulan las obligaciones de EL CONCESIONARIO y que éste efectúe los correctivos necesarios. En todo caso el inicio de la operación comercial deberá ocurrir a más tardar dentro del año siguiente a la suscripción del Contrato, pero en ningún caso antes del 1 de julio de 2.010, y para ello será condición haber alcanzado previamente un treinta y tres por ciento (33%) de cubrimiento en Red Analógica. Antes del inicio de la operación comercial EL CONCESIONARIO podrá emitir señales de prueba radiodifunda y por cable. Sólo hasta cuando el Concesionario inicie formalmente operaciones podrá comercializar.*

*14.2. Solicitud de modificación.*

*Solicitamos que se elimine la restricción de no poder iniciar la operación comercial antes del 1 de julio de 2.010.*

**Respuesta:** En la valoración de las concesiones de televisión abierta privada nacional se supuso que un año y medio después de la suscripción de las prórrogas de las actuales concesiones, entraría en operaciones el nuevo canal. De conformidad con ello, el Precio Base de la Concesión está determinado bajo este supuesto, y por ello, no resulta procedente, sin afectar el mismo, variar la fecha definida como límite inicial de la operación comercial del canal.

**Canal 3 Televisión de Colombia S.A. Comunicación 2009-370-025661-2 del 11 de diciembre de 2.010.**

**18.**

*1. De conformidad con lo establecido en los numerales 2.17.1 "Prohibición de Operar Simultáneamente Dos Concesiones", numeral iii) (Orden de los documentos que deben presentarse en el sobre N1) del acápite 3.3. , y 5.1.6 "Renuncia a otras concesiones" numeral 9 del anexo 2 "Carta de presentación de las propuestas" de la Adenda N2 del pliego de Condiciones, el socio del proponente que sea concesionario en los canales nacionales de operación pública que renuncie a su concesión para dar cumplimiento al artículo 56 de la ley 182 de 1995, según como fue modificado por el artículo 13 de ley 335 de 1995, deberá:*

*"pagar las tasas, tarifas derechos o contraprestaciones pactadas que estuvieren pendientes de pago o que se deban pagar hasta el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que renuncia y a no solicitar la devolución de las tasas, tarifas derechos o demás contraprestaciones que hubiere pagado por esos conceptos.*

*(Subrayado fuera de texto).*

*Al respecto presentamos las siguientes observaciones respecto de la renuncia de los concesionarios de espacios en el canal nacional de operación pública, canal UNO.*

- (i) De conformidad con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 17 de la ley 335 de 1996, es un hecho claro e indiscutible que, como expresamente lo dice la norma, los concesionarios de espacios de televisión están facultados para renunciar a la concesión (...) y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por este concepto (subrayado fuera de texto)*
- (ii) El Contrato de concesión de Espacios N° 89 de 2003 suscrito entre la CNTV y la UNION TEMPORAL RADIO TELEVISION INTERAMERICANA S.A. RTI S.A.-PROGRAMAR TELEVISION S.A. establece en el parágrafo segundo de la cláusula quinta, que la tarifa de concesión está constituida por un componente fijo por cada año y un componente variable que consiste en un porcentaje sobre los ingresos brutos provenientes de la venta de pauta publicitaria, que se cobrará a partir del 3 año de la concesión, por trimestres vencidos. Para el año 2009 el porcentaje es del 7% y para el año 2010 será del 9%.*

*La anterior forma de pago, lleva a que cada año se cause y se haga el pago correspondiente a la respectiva anualidad de la concesión. Esto en lo pactado contractualmente por las partes.*

- (iii) Por ser así y corresponder a lo pactado, los concesionarios de espacios que en el pasado han renunciado a su contrato, no han sido obligados a pagar el valor total de la concesión si no solo las tarifas causadas hasta la fecha de terminación anticipada del respectivo contrato.*
- (iv) Los pliegos de condiciones de la licitación Pública N° 001 de 2009 no pueden modificar la facultad de renuncia y terminación anticipada sin lugar a la indemnización establecida en la ley, haciendo más gravosa la renuncia para los concesionario de espacios que renunciarían con ocasión de la Licitación ,para que concesionarios que renuncian por otras causales.*

*Solicitud de Adenda:*

*Por todo lo anterior solicitamos tener en cuenta lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la ley 335 de 1996 y diferenciar en los pliegos las consecuencias de la renuncia para los concesionarios de espacios frente al resto de los concesionarios de servicio.*

**Respuesta:** No le asiste razón al observador y por ende no es posible acceder a su solicitud. Tal y como se indicó en el numeral 3 de este documento al dar respuesta a un interrogante similar respecto de la

facultad prevista en el artículo 17 de la Ley 335 de 1.996, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 2.000, con ponencia del Consejero Manuel Urueta, avaló la consideración de que la misma “*en momento alguno implica que el Estado renuncie a cobrar las deudas pendientes en su favor*”. Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 1.998 señaló al respecto que:

*“En cuanto hace a la tarifa que todos los concesionarios deben cancelar por el uso del bien público que administra la CNTV, debe anotarse que el inciso acusado faculta a los titulares de las concesiones para renunciar a ellas sin pagar indemnización, pero no les otorga derecho a reclamar, en caso de ejercer esa potestad, siquiera una parte de la tarifa anual que todos los concesionarios deben cancelar anticipadamente por el uso del espectro electromagnético, o parte del pago que hace cada uno de ellos al serle adjudicada la concesión por el derecho a aprovecharse del bien público; así, la renuncia de un concesionario, no significa una merma en las rentas ordinarias de la CNTV.”*

En este sentido, la Subdirección de Asuntos Legales de la Comisión Nacional de Televisión en concepto 20093420015293 del 18 de febrero de 2.009 señaló que “*Así, la facultad que tiene el operador de renunciar a la concesión, no le otorga ningún derecho a reclamar los valores pagados a la CNTV, ni lo exime de cancelar las obligaciones económicas que tenga con la Entidad, incluyendo los valores adeudados por la concesión (...), más aún, y como se explicará a renglón seguido, **la causación del valor total de la concesión en el servicio público de televisión, se da por el hecho de su otorgamiento, sin considerar la operación y explotación del mismo,** constituyéndose en consecuencia una obligación para el concesionario. Así, no puede confundirse la facultad que tienen los concesionarios para renunciar a la concesión que les ha sido otorgada, sin lugar a indemnización, con las obligaciones que ya se encuentren causadas, las cuales, se reitera, deben ser canceladas a la CNTV.”* (Destacado fuera de texto)

Por lo anterior, en el evento en que para no incurrir en las prohibiciones del artículo 56 de la Ley 182 de 1.995, un concesionario de espacios de televisión deba renunciar a su concesión, habrá de pagar “*las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones pactados que estuvieren pendientes de pago o que se deban pagar hasta el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que se renuncia*”.

**19.**

*2. De conformidad con lo establecido en los numerales 2.1.7.1 “Prohibición de Operar simultáneamente Dos Concesiones” numeral iii) (Orden de los documentos que deben presentarse en el sobre N° 1) del acápite 3.3, y 5.1.6” Renuncia a Otras concesiones” Numeral 9 del anexo “Carta de presentación de las propuestas de la Adenda N 2 del pliego de condiciones, el socio del proponente que sea concesionario en los canales nacionales de operación pública, que renuncie a su concesión para dar cumplimiento al artículo 56 de la ley 182 de 199, según como fue modificado por el artículo 13 de la ley 335 de 1995, deberá:*

*“Además de lo anterior y cuando haya lugar a ello, deberá devolver las frecuencias que tenga asignadas, y pagar los derechos derivados del uso de dichas frecuencias hasta el momento en que se suscriba el contrato de concesión que reemplace a aquel al que renuncie “*

*Solicitud de adenda*

*Por favor aclarar cuál es el contrato que reemplaza al contrato de concesión del canal local con ánimo de lucro. Es el de la concesión de otro canal local con ánimo de lucro o el contrato de concesión del tercer canal privado?*

**Respuesta:** En el caso consultado por el observador, el contrato de concesión que reemplaza a la concesión del canal local con ánimo de lucro, es aquel que se suscriba otorgando nuevamente la concesión del canal local que sustituya aquél al que se renunció.

**Inversiones Rendiles S.A. Comunicación 2009-370-025458-2 del 10 de diciembre de 2.010.**

**20.**

**1. INFORME DE VERIFICACION Y EVALUACIÓN**

*El punto N°4 de la Adenda N° 2. al pliego de Condiciones establece que: “SE MODIFICA EL NUMERAL 1.10 “GLOSARIO”, EL SIGNIFICADO DE INFORME DE VERIFICACION Y EVALUACION “, EL CUAL QUEDARA ASI: INFORME DE VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN: Documento preparado por el Comité Asesor y Evaluador de la Comisión Nacional de Televisión, en el que se consignan los resultados y conclusiones de la verificación del cumplimiento de los Requisitos Habilitantes que deben ser acreditado con los documentos contenidos en el sobre N° 1 de la Propuesta así como la evaluación de la Oferta de Mejoramiento de Plan Básico de Programación contenido en el sobre N°2 de la propuesta de conformidad con las reglas contenidas en el Pliego de Condiciones.”*

*Por su parte, el numeral 1.10 del Pliego de Condiciones consagra lo siguiente:*

*INFORME DE VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN: Documento preparado por el Comité asesor y Evaluador de la Comisión Nacional de Televisión, en el que*

*se consignan los resultados y conclusiones de la verificación del cumplimiento de los requisitos Habilitantes que deben ser acreditados con los documentos contenidos en el sobre N°1 de la propuesta así como la evaluación de la oferta de Mejoramiento de Plan Básico de Programación contenido en el Sobre N° 2 de la Propuesta de Conformidad con las reglas contenidas en el Pliego de Condiciones”*

*Como se puede observar de la lectura de los textos transcritos, no se evidencia ningún cambio en su contenido. Tampoco se desprende de la tabla presentada en las páginas 26 y 27 de la Adenda N2 al Pliego de Condiciones. Por lo tanto se le solicita comedidamente a la CNTV indicar cuál es la modificación que se introdujo en estas definiciones.*

**Respuesta:** No existe modificación en el significado del término “Informe de Verificación y Evaluación” contenido en el Glosario del Pliego de Condiciones en el numeral 1.10., y por ende, su significado es el mismo que el del texto del Pliego de Condiciones publicado el 29 de octubre de 2.009.

## **21.**

### **2. INFORME FINAL DE VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN**

*El punto N° 5 de la Adenda N° 2 al pliego de condiciones señala que:*

*“SE MODIFICA EL NUMERAL 1.10 “GLOSARIO”, EL SIGNIFICADO DE INFORME FINAL DE VERIFICACION Y EVALUACION “, EL CUAL QUEDARA ASI:*

*INFORME FINAL DE VERIFICACION Y EVALUACIÓN: Informe presentado por el Comité Asesor y Evaluador de la Comisión Nacional de Televisión en la Audiencia pública de Adjudicación al culminar las intervenciones de los proponentes en relación con las respuestas de la entidad a las observaciones y contraobservaciones al informe de Verificación y Evaluación.*

*Por otra parte, el numeral 1.10 del pliego de Condiciones indica:*

*INFORME FINAL DE VERIFICACION Y EVALUACIÓN: Informe presentado por el Comité Asesor y Evaluador de la Comisión Nacional de Televisión en la Audiencia pública de Adjudicación al culminar las intervenciones de los proponentes en relación con las respuestas de la entidad a las observaciones y contraobservaciones al informe de Verificación y Evaluación.*

*Como se puede observar, no se presentan diferencias al comparar dos (2) textos. Tampoco se evidencian diferencias en la tabla presentada en la página 27 de la Adenda N°2 al Pliego de Condiciones .Por lo tanto, se solicita comedidamente a la CNTV indicar cuál es la modificación que se introdujo en estas definiciones.*

**Respuesta:** No existe modificación en el significado del término “Informe Final de Verificación y Evaluación” contenido en el Glosario del Pliego de Condiciones en el numeral 1.10., y por ende, su significado es el mismo que el del texto del Pliego de Condiciones publicado el 29 de octubre de 2.009.

## 22.

### CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

*El punto N° 44 de la Adenda N° 2 al Pliego de Condiciones establece:*

*“Que en ocasión de la adjudicación o celebración del contrato que se llegue a celebrar por cuenta de de esta licitación, el Proponente, o uno, algunos o todos sus socios o Beneficiarios Reales SI\_NO\_ podría (n) incurrir en una de las hipótesis previstas en el artículo 56 de la ley 182 de 1985, según como fue modificado por el artículo 13 de la ley 335 de 1996.(Deberá marcarse SI o NO se da la circunstancia aquí anotada, y en el evento en que se marque el SI, deberá adjuntarse un documento suscrito por el representante legal del Proponente del socio o del Beneficiario Real que se encuentre en dicha situación, en el que bajo la gravedad de juramento se obligue de manera clara, específica e inequívoca a renunciar a la concesión de la que sea titular. A pagar las tasas, tarifas derechos o contraprestaciones causados que estuvieren pendientes de pago, y ano solicitar la devolución de las tasas, tarifas derechos o contraprestaciones que hubiere pagado por esos conceptos, en ele evento en que el Proponente resulte Adjudicatario de la presente licitación. Además de lo anterior, y cuando haya lugar a ello, deberá obligarse a devolver las frecuencias que tengan asignadas, y a pagar los derechos derivados del uso de dichas frecuencias hasta el momento en que se suscriba el contrato de concesión que remplace a aquel al que se renuncie.*

*Por su parte, el punto N° 16 de este mismo documento , el cual expresa que se modifica el tercer inciso del numeral 2.1.7.1, denominado prohibición de operar simultáneamente dos (2) concesiones, consagra que:*

*El proponente ,socio o Beneficiario Real que con la Adjudicación o celebración de contrato que se llegue a celebrar por cuenta de esta licitación pudiera incurrir en una de las hipótesis previstas en el artículo 56 de la ley 182 de 1995 según como fue modificado por el artículo 13 de la ley 335 de 1996, deberá manifestarlo expresamente en la carta de presentación de la Propuesta, y adjuntar un documento suscrito por su representante legal, en el que bajo la gravedad de juramento se obligue de manera clara específica e inequívoca a renunciar, en el evento de que resulte Adjudicatario de la presente Licitación, a la concesión de la que sea titular a pagar, Las tasas, tarifas, derechos o contraprestaciones pactados que estuvieren pendientes de pago o que se deban pagar hasta el vencimiento del plazo pactado en la concesión a la que se renuncia y a no solicitar la devolución de las tasas, tarifas, derechos o demás contraprestaciones que hubiere pagado por esos conceptos. Además de lo anterior, y cuando haya lugar a ello, deberá*

*obligarse a devolver las frecuencias que tenga asignadas, y a pagar los derechos derivados del uso de dichas frecuencias hasta el momento en que se suscriba el contrato de concesión que reemplacé a aquel al que se renuncie.(subrayado fuera de texto)*

*Se observa también que la frase subrayada está contenida en los puntos N° 26 y 31 de la Adenda N° 2 al pliego de Condiciones, los cuales tratan temas referentes a esta prohibición.*

*En consecuencia, se le solicita comedidamente a la CNTV unificar el texto del Pliego de Condiciones, de tal manera que la frase subrayada sea incluida en todas las disposiciones del Pliego de Condiciones que se refieran a la posibilidad de renunciar a las concesiones actuales.*

**Respuesta:** La solicitud del observador ha sido recogida en la Adenda No.3 del Pliego de Condiciones, en la cual se ha incluido la frase subrayada en el texto de la Carta de Presentación de la Propuesta.

### **23.**

#### **PRECIO DE LA CONCESIÓN**

*En relación con el punto N° 69, denominado “Precio de la Concesión” contenido en las respuestas a las Solicitudes de Aclaración del pliego de Condiciones la CNTV omitió pronunciarse integralmente acerca de la observación planteada por las Inversiones Rendiles S.A en la comunicación N° 2009-370-023418-2 del 10 de Noviembre del 2009 en la medida en que se limitó a referirse a una propuesta anterior , otorgada a Canal 3 Televisión de Colombia SA en donde solo abordaba una de la cuatro (4) solicitudes planteadas en el escrito presentado por el proponente que represento. Para el efecto se le recuerda a la CNTV que la comunicación radicada por Inversiones Rendiles S.A señalaba lo siguiente:*

*“El numeral 8.1 – 8ª indica que en el evento en que la CNTV determine o autorice que el apagón analógico se realice antes del cumplimiento del año 5 previsto en el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica (Anexo No.8), el concesionario deberá pagar a la CNTV los recursos correspondientes a la inversión pendiente de realizar para cumplir con el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica.*

*Adicionalmente, se dispone que una vez adoptada por la CNTV la decisión de adelantar el apagón analógico, ésta definirá el monto de los recursos correspondientes a la inversión no realizada en red analógica que deberán ser pagados por el concesionario a esta entidad.*

*En relación con lo anterior, manifestamos nuestra inconformidad con esta disposición por cuanto la decisión de adelantar el apagón analógico le corresponde exclusivamente a la CNTV en su calidad de ente regulador del servicio público de televisión y, por lo tanto, esta entidad debe ser quien asuma los efectos de esta decisión y no el concesionario.*

*En consecuencia, no existe una justificación válida para exigir al*

*concesionario la devolución de los recursos no invertidos, cuando la no inversión de éstos se origine en una decisión regulatoria de la CNTV.*

*Por demás, esta disposición sería todavía más infundada si se tiene en cuenta que la infraestructura (civil, de equipamiento y de sistemas auxiliares de las estaciones) de la red analógica será la misma que utilizará el concesionario para la red digital. Por lo tanto, incluso si la CNTV determina que el apagón analógico se realice antes del plazo establecido, el concesionario de todas formas deberá seguir realizando las inversiones correspondientes al montaje de las estaciones y, en esa medida, es ilógico pretender que el concesionario devuelva estos recursos.*

*En el evento en que no se acoja esta observación y la CNTV mantenga esta carga para el nuevo operador, se solicita lo siguiente:*

*(i) Que sea un tercero independiente quien determine ese monto. Si bien entendemos que la decisión de adelantar el apagón analógico le corresponde a la CNTV por ser el ente regulador, no resulta lógico ni equitativo que sea esa misma entidad la que determine cuál es el monto de los recursos correspondiente a la inversión no realizada. La definición por parte de un tercero independiente dotaría de objetividad y transparencia a ese mecanismo y evitaría subjetividades y eventuales disputas que comprometerían el buen desarrollo del contrato.*

*(ii) Que la CNTV se sirva aclarar cuáles van a ser los criterios que se van a tener cuenta para determinar el porcentaje de las inversiones pendientes de realizar para cumplir con el Plan de Expansión de Cobertura de Red Analógica.*

*(iii) Que la CNTV se comprometa a dar un pre aviso prudencial al concesionario, de por lo menos un (1) año, sobre su intención de anticipar el apagón analógico, de tal manera que el concesionario pueda revisar su plan de inversiones y el impacto que la decisión pueda tener, y*

*(iv) Que la CNTV indique cuál es el estudio que contiene los cálculos de las inversiones en red analógica, con el cual se llegó al monto de setenta y un mil setecientos veinticuatro millones de pesos (\$71.724.000.000), con su respectivo desglose.”*

*En la medida en que en la respuesta otorgada a Canal 3 Televisión de Colombia S.A. sólo se absuelve el literal (iv) de los planteados en la comunicación de Inversiones Rendiles S.A., se le solicita amablemente a la CNTV que se pronuncie sobre los tres (3) puntos restantes.”*

**Respuesta:** A los interrogantes i) y ii): La Comisión Nacional de Televisión adelantará la respectiva valoración para determinar el monto de las inversiones no realizadas en red analógica por parte del Concesionario, teniendo en cuenta que la obligación es cubrir los municipios relacionados en el Anexo No.8 del Pliego de Condiciones.

Al interrogante iii): La Comisión Nacional de Televisión anunciará con la debida antelación cualquier determinación que implique adelantar el apagón analógico.

**Inversiones Rendiles S.A. Comunicación 2009-370-025931-2 del 14 de diciembre de 2.010.**

**24.**

**1. OFERTAS ECONOMICAS DE MEJORAMIENTO**

*En el punto N 19 de la Adenda N2 adiciona un literal iii) al numeral 2.2 del Pliego de Condiciones denominado “Criterios de Selección”*

*En este literal “Ofertas Económicas de Mejoramiento” se establece lo siguiente:*

*Los dos (2) Proponentes Habilitados que hayan obtenido la mayor puntuación total, podrán Presentar en la Audiencia de Subasta Presencial y Adjudicación Ofertas Económicas de Mejoramiento en los términos previstos en el numeral 2.2.3 de este pliego de Condiciones. El Proponente que obtenga el menor puntaje total no tendrá la posibilidad de presentar oferta(s) Económica(s) de Mejoramiento, excepto en el evento en que, de acuerdo con el informe Final de Verificación y Evaluación, sólo existan dos Proponentes Habilitados.*

*En relación con lo anterior, la primera inquietud que surge es Cuál es la razón para limitar únicamente a que dos (2) proponentes puedan proceder a la subasta presencial durante la audiencia de adjudicación? En otras palabras, en el evento en que la Junta Directiva determine que los tres (3) proponentes que presentaron propuesta son Proponentes Habilitados ¿cuál es la justificación de la CNTV para permitir que solo dos (2) de ellos puedan mejorar sus ofertas económicas y excluir al tercero del proceso de puja competitiva?*

*En nuestra opinión, el hecho de impedir que todos lo proponentes que resulten debidamente habilitados mejoren sus ofertas económicas, evita que mediante este mecanismo de selección se maximice el precio de la concesión, lo cual es, a su vez, un contrasentido, precisamente porque la CNTV habría adoptado este mecanismo para escoger las advertencias de los organismos de control en relación con la obligación de obtener la maximización de los recursos para el Estado.*

*Lo anterior resulta aun más evidente si se tiene en cuenta que los dos (2) Proponentes Habilitados que quedarían en capacidad para mejorar sus ofertas económicas no están obligados a ello y, por lo tanto, podría suceder que si alguno de los dos decide no presentar Oferta Económica de Mejoramiento Número uno, el precio Base de la Concesión se deberá calcular sobre la Oferta Económica para competir y ser Elegido. A su vez, si en el momento de presentar la Oferta Económica de Mejoramiento Número Dos , alguno de los proponentes decide no presentarla, el precio Base de la*

*Concesión se deberá calcular sobre el valor de la Oferta Económica de Mejoramiento Número Uno, con lo cual no se habrá logrado la mejor oferta posible.*

*Sin embargo la situación sería diferente si al proponente que sacó el puntaje total más bajo se le permite mejorar su oferta económica, y que en este caso, incluso si alguno de los proponentes decide no presentar Oferta Económica de Mejoramiento, de todas formas habría puja económica, al existir dos proponentes interesados en seguir mejorando sus Ofertas Económicas. Si por el contrario, se limita a que solo dos proponentes están en la capacidad de mejorar sus ofertas económicas y alguno de los dos decide no hacerlo, la CNTV perdería la posibilidad de maximizar el precio de la concesión mediante el mejoramiento de la oferta económica de aquellos proponente que decidan hacerlo.*

*En estas dos situaciones se evidencia un claro detrimento patrimonial para el Estado, toda vez que en virtud de la manera en que está planteado el mecanismo de selección en el Pliego de Condiciones, no está sacando provecho del procedimiento de subasta para maximizar las ofertas económicas de los proponentes. Por el contrario parecería que la CNTV adoptó este mecanismo con el único propósito de acoger de una manera puramente formal y aparente, las observaciones planteadas por los organismos de control en relación con los mecanismos de adjudicación de la licitación Pública N 001 de 2009.*

*Sin embargo en la medida que las observaciones planteadas tanto por los organismos de control, como por los interesados, apuntan a la implementación de un mecanismo que garantice la transparencia y la objetividad en la selección del adjudicatario y, a su vez asegure la maximización del precio de manera real y efectiva, consideramos que las modificaciones introducidas al pliego de Condiciones mediante la adopción de la Adenda N 2 no cumplen con estos objetivos.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, se le solicita a la CNTV que se sirva modificar el nuevo mecanismo de selección de tal manera que todos los proponentes que resulten Proponentes Habilitados, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones, tengan la oportunidad de mejorar sus ofertas económicas de Mejoramiento.*

*Por otro lado, tampoco es claro para el proponente que represento, la razón por la cual la CNTV limita el mecanismo de la "subasta" a solo dos (2) rondas. En relación con esta restricción, se aplican los mismos argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores, cada vez que lo que se quisiera en realidad fuera la maximización del precio de la Concesión no habría ninguna justificación para limitar el número de ofertas de mejoramiento que pueden presentar los proponentes.*

*En consecuencia, y en virtud de todo lo anterior, se solicita a la CNTV de la manera más comedida que se sirva modificar el numeral 4.8.1 del Pliego de Condiciones, de tal manera que quede claro que las Ofertas Económicas de Mejoramiento se presentarán cuantas veces sea necesario para determinar*

*quien quedará en el primer orden de elegibilidad, lo cual sucederá:*

- (i) Cuando ninguno de los proponentes presente una nueva oferta Económica de Mejoramiento, o*
- (ii) Cuando la oferta más alta presentada por alguno de los proponentes sea superior a un 30% o más a la que le siga un orden descendente.*

**Respuesta:** El diseño del mecanismo de subasta implementado responde al análisis técnico y práctico de este procedimiento, y en particular al estudio de las experiencias más exitosas en el uso de este mecanismo en procesos de contratación estatal o en general en la enajenación de bienes estatales. La experiencia en estos asuntos ha demostrado que la mayor maximización de los ingresos se ha logrado con subastas de uno o máximo dos lances. Al respecto de esta clase de subastas, se ha dicho que *“La característica más relevante de esta clase de subasta es que establece incentivos a que cada uno de los participantes revele su verdadero precio de reserva y se abstenga de presentar “ofertas estratégicas” (...) Como se observa, este mecanismo de subasta conduce a que los participantes tengan como su mejor interés revelar su verdadera disposición a pagar.”*<sup>1</sup>

En el documento antes citado se dijo, además, que *“En esta subasta se alcanza el óptimo de Pareto, pues existe un incentivo muy grande a que la persona que tiene la más alta valoración del bien sea quien lo obtenga pagando el segundo precio más alto y logrando que los jugadores ofrezcan un precio de compra igual al verdadero valor del bien, es decir que revelen sus reales preferencias, haciendo más fácil que se logre el óptimo de Pareto.”*

Así las cosas, el mecanismo implementado consiste en una subasta con un primer lance (Oferta Económica para Competir y Ser Elegido), que al contemplar la eliminación del Proponente que haya obtenido el menor puntaje total en la calificación de sus Sobres No.2 y No.3, exige que los Proponentes hagan su mejor esfuerzo económico al formular su Oferta del Sobre No.3, y que la misma no sea simplemente un lance “de trámite” que se haga únicamente por cumplir con el requisito de diligenciar un ofrecimiento que de antemano se sabe será irrelevante por cuanto no tendrá incidencia real.

---

<sup>1</sup> ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS SUBASTAS Y ALGUNAS EXPERIENCIAS DE SU APLICACIÓN EN ADJUDICACIÓN DE LICENCIAS DE TELEFONÍA MÓVIL, Mery Patricia Tamayo Plata Carlos y Enrique Posada Montoya, en ECOS DE ECONOMÍA No. 19, octubre de 2.004, pp 7- 30, en <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/ED21DE8E-086B-4C97-A6E1-B913064BA9B4/0/Ecos19No1.pdf>

Ahora bien, estableciendo ese incentivo a presentar la mejor oferta posible en el Sobre No.3, se prevén entonces dos nuevos lances entre quienes hayan obtenido los mejores puntajes, con lo cual se acoge lo que la experiencia recomienda en el sentido de la maximización más eficiente con un menor número de lances, incentivando siempre una mejora relevante en las ofertas al establecer que si la diferencia entre las Ofertas Económicas de Mejoramiento No.1 es superior al 30%, se adjudique a quien haya presentado esa mejor oferta. De no establecerse este incentivo, ese lance resultaría inocuo, pues podría no haber mejora sustancial alguna.

De esta manera, a juicio de la Comisión, el mecanismo de subasta que se ha previsto es el que técnicamente maximiza de manera óptima los ingresos.

## 25.

### *2. ORDEN DE ELEGIBILIDAD*

*El texto original del numeral 2.2.4 “Orden de Elegibilidad” del pliego de condiciones establecía lo siguiente:*

#### *2.2.4.ORDEN DE ELEGIBILIDAD*

*La propuesta que obtenga un mejor puntaje luego de ponderados la totalidad de los factores y de surtido el procedimiento de desempate en caso de que este llegare a presentarse, obtendrá el primer lugar de Orden de Elegibilidad, y las demás se ubicaran a continuación de ella en orden descendente con el objetivo de dar aplicación a lo previsto en el numeral 4.8 en este Pliego de Condiciones en lo relativo a la eventual adjudicación del contrato del proponente calificado en el siguiente orden de elegibilidad.”*

*El texto anteriormente transcrito fue modificado en el punto N° 23 de la Adenda N 2 al pliego de Condiciones de la siguiente manera:*

#### *2.2.4 ORDEN DE ELEGIBILIDAD*

*El primer lugar del Orden de Elegibilidad se asignará al proponente que haya ofertado la mayor suma de dinero en su Oferta Económica de mejoramiento Numero Dos (o de ser el caso, porque se presente la situación señalada en el literal K) del numeral 4.8.1 de este pliego de condiciones, al proponente que haya presentado la Oferta Económica de Mejoramiento Económico más alta) El segundo lugar se asignará al otro de los proponentes que haya presentado Ofertas(s) Económicas (s) de Mejoramientos. En el tercer lugar del orden de elegibilidad se ubicara el Proponente que por haber obtenido el menor puntaje total, no tuvo la posibilidad de presentar la Oferta Económica de Mejoramiento”*

*De lo anterior parecería que según el nuevo texto del numeral 2.2.4 del pliego de Condiciones, el orden de elegibilidad se definirá únicamente a partir de los valores de la oferta Económica de Mejoramiento número Uno o Número Dos, según el caso, sin tener en cuenta el puntaje total obtenido por cada proponente de acuerdo con la ponderación de todos lo factores de*

*calificación, Es decir como si al pasar a “la segunda ronda” se hiciera caso omiso de los puntajes totales obtenidos y los dos proponentes habilitados para presentar ofertas de mejoramientos, empezaran de cero.*

*Sin embargo no es claro si este entendimiento se debe a una imprecisión de CNTV al redactar el nuevo texto de numeral 2.2.4 o, si por lo contrario, el propósito de esta modificación es precisamente aclarar que, en efecto, una vez calificadas las ofertas según todos los factores de Ponderación y definidos los dos (2) proponentes que pueden presentar Ofertas Económicas de Mejoramiento, únicamente se tendrán en cuenta las ofertas de mejoramiento presentadas por estos dos oponentes.*

*No obstante lo anterior en el último inciso del numeral 2.3 tal y como fue modificado por la Adenda N2 se establece que en el evento en que se presente un empate entre las dos ofertas Económicas de Mejoramiento Número Dos, éste se dirimirá a favor del proponente que haya obtenido el mayor puntaje total obtenido por los proponentes. Por lo tanto se identifica una inconsistencia toda vez que no es claro si la etapa de mejoramiento económico de la ofertas se deben entender como independientes de la calificación inicial o, por el contrario la ponderación de todos los factores de calificación debe incluir los valores de la ofertas económicas de mejoramientos.*

*Esta inconsistencia hace que surjan los siguientes interrogantes:*

- (i) Si el puntaje que se obtiene mediante la calificación de la oferta de Mejoramiento de Plan Básico de programación es relevante para efectos determinar el orden de elegibilidad, ¿Cual es la razón para no tener en cuenta dicho puntaje?*
- (ii) Si por el contrario el puntaje que se obtiene mediante la calificación de la Oferta de Mejoramiento de Plan Básico de programación no es relevante para efectos de determinar el orden de elegibilidad ¿Cual es la razón para incluir esta oferta como uno de los factores de calificación de las propuestas?*

*En virtud de lo anterior, solicitamos a la CNTV aclarar de manera completa y precisa este punto para evitar situaciones de confusión en donde no sea posible establecer el orden de elegibilidad con absoluta certeza lo cual obviamente pondría en riesgo la culminación exitosa del presente proceso.*

*Al respecto nos permitimos poner de presente que en nuestra opinión, estas inconsistencias se originan en el empeño de la CNTV en mantener la Oferta de Mejoramiento de Plan Básico de Programación como uno de los factores de calificación de las ofertas, toda vez que el mecanismo resultante parecería más una agregación incoherente de elementos de un procedimiento estructurado cuyo propósito debería ser, en el fondo el de permitir la selección objetiva del adjudicatario. Lo que está planteado en la versión actual de los pliegos desnaturaliza la esencia misma de la subasta.*

**Respuesta:** No hay inconsistencia alguna en el texto objeto de observación, y las conclusiones del observador no son correctas. No es cierto que el puntaje obtenido por los Proponentes en la Oferta de Mejoramiento del Plan Básico de Programación no se “tenga en cuenta”. El mismo constituye el 50% del puntaje que puede obtener un Proponente, e incide en la posibilidad de que un proponente determinado pueda o no presentar Ofertas Económicas de Mejoramiento. Es, además, el primer criterio de desempate cuando haya igualdad en las Ofertas Económicas de Mejoramiento No.2.

La Entidad rechaza respetuosa pero categóricamente el esfuerzo del observador por hacer parecer que existe una falta de claridad en la forma en que se determina el orden de elegibilidad. Realmente lo que se desprende del texto de la observación no es que exista esa supuesta falta de claridad, sino que lo que se pretende es que se elimine la exigencia de la Oferta de Mejoramiento del Plan Básico de Programación. La forma en que determina el orden de elegibilidad es clara: los dos primeros lugares serán para aquellos dos proponentes que hayan obtenido los mayores puntajes totales, correspondiendo el primer lugar a quien presente la Oferta Económica de Mejoramiento más alta. El tercer lugar, por su parte será para el Proponente que obtenga el menor puntaje total.

## 26.

### 3. EMPATE Y FORMA DE DIRIMIRLO

*El numeral 2.3 del Pliego de Condiciones “Empate y forma para Dirimirlo” también fue sustancialmente modificado mediante la Adenda N° 2.*

*Del nuevo texto incluido en el punto N° 24 de la Adenda N° 2 al pliego de condiciones se observa que el mecanismo de sorteo mediante balotas se utiliza en (3) situaciones diferentes para dirimir empates entre los proponentes que resulte Adjudicatario.*

*En nuestra opinión no tiene ninguna lógica ni económica ni jurídica, acudir al mecanismo de sorteo mediante balotas (que representa en un mecanismo basado cien por ciento (100%) en el azar) para dirimir empates entre las propuestas que perfectamente se podrían dirimir acudiendo a otros procedimientos, como es precisamente el de la subasta real y efectiva y no el de la subasta cosmética que se plantea.*

*De hecho si la CNTV acoge los planteamientos contenidos en los numerales 1 y 2 del presente documento, no habría necesidad de acudir al sorteo mediante balotas, por las siguientes razones:*

- (i) Al permitir que la totalidad de los proponentes Habilitados mejoren sus ofertas económicas, sería innecesario prever mecanismos de desempate entre los proponentes para definir quienes pasan a la segunda ronda. En esa medida, se podrían eliminar los ordinales b) y c) del numeral 2.3 del Pliego de Condiciones los cuales contemplan el mecanismo de sorteo*

*mediante balotas para redimir los posibles empates que se pueden presentar al definir los proponentes de la “segunda ronda”*

- (ii) *Al eliminar la restricción del número de ofertas económicas de mejoramientos y simplemente permitir que los proponentes presenten sus ofrecimientos económicos las veces que deseen o que sean necesarias para redimir los empates que se lleguen a presentar, se evita la necesidad de implementar un mecanismo de desempate mediante el sorteo de balotas como establecido en el último inciso del numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, para definir Adjudicatario.*

*En virtud a lo anterior, es claro que si hay otras maneras de definir en eventual empate entre dos (2) o más propuestas, no resulta ni lógico, ni mucho menos justo que éste se dirima por un elemento de azar, como el sorteo de balotas, que por demás puede comprometer la posibilidad de maximizar los ingresos estatales. El proponente que represento considera que un proceso de licitación pública de la magnitud y de las complejidades del presente proceso no se debería definir, al final del día, mediante un sorteo de balotas, ni estar sujeto al azar.*

**Respuesta:** El mecanismo de balotas para dirimir empates solamente es utilizado en dos (2) y no en tres (3) eventos como lo señala el observador, y es el último de los criterios establecidos, que será aplicable sólo cuando luego de la aplicación del mecanismo de desempate principal subsista el empate, situación que, además, por la manera en que está diseñada la forma de selección, y particularmente en lo que se refiere a las Ofertas Económicas de Mejoramiento, es altamente improbable, pues difícilmente dos proponentes podrían ofrecer exactamente la misma suma de dinero. Por otra parte, este mecanismo residual de desempate –balotas-, agotado un mecanismo principal, es usual en procesos de contratación estatal y es garantía de transparencia e imparcialidad.