

ADJUDICACIÓN DE CONTRATO - Espacios de televisión / LICITACIÓN PÚBLICA -
Características / CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN - Adjudicación /
SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

E trámite precontractual está sujeto a lo dispuesto en las normas vigentes al momento de su iniciación, esto es, a las existentes a la fecha en que se produce la apertura de licitación y se pone en conocimiento de los interesados el pliego de condiciones. La licitación pública entendida como el procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público que se persiguen con la contratación estatal, está sometida a condiciones normativas y reglamentarias que no pueden cambiarse caprichosamente durante su curso. La claridad e inalterabilidad de las condiciones del proceso licitatorio son características que tienen su fundamento en los elementos esenciales del mismo, cuales son: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. Se tiene entonces que si el procedimiento de selección es el mecanismo que prevé la ley para escoger al mejor proponente vistos los fines de la contratación estatal, no es procedente realizar un cambio de las reglas que determinan la adjudicación, cuando el mismo ya se ha iniciado, porque ello atentaría contra el principio de transparencia, contra la igualdad entre los proponentes y el deber de selección objetiva que caracteriza la contratación estatal. La Sala concluye que no se configura la violación del artículo 37 de la ley 42 de 1985, porque la selección de los adjudicatarios de espacios de televisión fue objetiva, se realizó mediante un acto motivado, en uso de las facultades regladas que otorga la ley al Instituto demandado y con sujeción a los factores y directrices dispuestas en el decreto 222 de 1983 y en los pliegos de condiciones. Ya que como se explicó, frente al silencio de los pliegos respecto del método de adjudicación entre los proponentes calificados, el Consejo Nacional de Televisión podía adoptar la solución mas conveniente a los fines de la prestación del servicio público de televisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil dos (2002)

Radicación número: 25000-23-26-000-1987-3880-01(12294)

Actor: ARNULFO NIETO PANTOJA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, INRAVISIÓN

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 1996 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegatoria de las pretensiones de la demanda

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Fue presentada el día 19 de agosto de 1987 por el señor Arnulfo Nieto Pantoja, a través de apoderado, contra el Instituto Nacional de Radio y Televisión – Inravisión, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1) Que es nula la Resolución CNTV #005, de abril 27 de 1987, por la cual se decide la licitación pública nacional 01 de 1987, para la concesión de espacios de televisión por las cadenas uno y dos de Inravisión, de El Consejo Nacional de Televisión - Inravisión, o subsidiariamente, que se adicione en el sentido de restablecer el derecho en la forma que se indica a continuación:

2) Que se restablezca el derecho vulnerado de Arnulfo Nieto Pantoja y que se adjudique el mínimo de cuatro (4) horas de televisión a que tiene derecho, y se ordene a Inravisión la celebración del respectivo contrato, adjudicando las horas reservadas por el Instituto, distribuyéndolas equitativamente.

3) Que se condene al Instituto Nacional de Radio y Televisión a pagar los perjuicios causados a Arnulfo Nieto Pantoja. Esta es una petición subsidiaria de la segunda y es una consecuencia de la primera." (folio 2 cuad.1)

Fundó sus pretensiones en hechos que la Sala sintetiza así:

- Inravisión dispuso la apertura de una licitación pública nacional para conceder, mediante contrato, la utilización de espacios de televisión en las cadenas uno y dos, para el período comprendido entre el 1° de julio de 1987 y el 30 de julio de 1991.

- Inravisión amplió el plazo de cierre de la licitación hasta las doce meridiano del 13 de marzo de 1987, mediante resolución 507 de febrero 10.

- Arnulfo Nieto Pantoja no fue inscrito inicialmente en el registro de proponentes; únicamente lo fue cuando se resolvió el recurso de reposición interpuesto al efecto.

- 33 personas presentaron propuestas, entre ellas, Arnulfo Nieto Pantoja; la cuantía de su propuesta ascendió a \$600.000.000,00.

- En la página 24 del pliego de condiciones consta que no se adjudicarán menos de 4 horas ni mas de 16 de programación semanal en los dos canales a un mismo proponente, excepto a quienes presenten propuestas exclusivamente para noticieros.

- El Consejo Nacional de Televisión, en reunión de 11 de abril de 1987, (acta 17) fijó el máximo de horas adjudicables en 13.5 y el mínimo en 4; hizo una distribución de los espacios entre 26 proponentes y eliminó 7 sin otra motivación que la sola voluntad del director de Inravisión.

- El 13 de abril de 1987, conforme consta en acta N° 19, se fijaron unos parámetros para la adjudicación así: propuestas que oscilaran entre 0 y 400 puntos no debían estar en la programación, ente 401 y 600 puntos no se aconsejaban para la programación; entre 601 y 800 podían estar en ella y entre 801 y 1.000 debían estar seleccionadas.

- El 15 de abril de 1987, conforme consta en el acta N° 21, el Ministerio de Comunicaciones presentó la programación tentativa en la que sólo figuran los proponentes favorecidos.

- El 23 de abril de 1987, acta N° 24, se adjudicaron los espacios de conformidad con la orden de distribución dispuesta por el Ministro de Comunicaciones.

- Según el anexo N° 1 del acta 22 se adjudicaron los siguientes programas cuya puntuación se indica:

A toda música – 400. Este es mi caso – 300. Contravía – 380. Nuestro Mundo – 200. Ver para aprender – 150. Mujer casos de la vida real – 300. Hola Mundo 250. Intervención Didáctico – 250. Vida Fiesta – 300. Abbot y Costello – 300. Valores Humanos – 300.

Por otra parte, no fueron adjudicados los siguientes programas con el puntaje que se indica:

1) Manuel Medina Mesa, Lo mejor de lo Nuestro 1.000

2) Arturo de la Rosa, Naturaleza Viva 950.

1. Arnulfo Nieto Pantoja; El Hombre del Paraguas. 650

La programación adjudicada fue variada en cuanto a cantidades de horas, horarios y contenido, dentro de los quince primeros días siguientes a la adjudicación, a petición de las programadoras.

1.1 Disposiciones violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que con el acto acusado se contrariaron las disposiciones contenidas en el artículo 30 de la Constitución Política de Colombia, 44 del decreto ley 222 de 1983; la ley 42 de 1985, por la cual se transformó Inravisión y el decreto reglamentario 350 de 1987.

Explicó que fueron vulnerados los artículos 37 de la ley 42 de 1985 y 7 del decreto 350 en relación con los proponentes, dentro del proceso administrativo de adjudicación y celebración del contrato de concesión de espacios, en cuanto se refieren a sus derechos a una selección objetiva, a obtener una decisión motivada, a una adjudicación proporcional, así como el derecho de preferencia.

El artículo 37 de la misma ley 142 también está violado en cuanto prevé reglas aplicables a la licitación pública, relativas al derecho de selección objetiva, la igualdad y la invariabilidad de los pliegos de condiciones, entre otros. Precisó que la adjudicación que demanda se hizo sin ninguna motivación, con variaciones de las condiciones del pliego, con violación de los principios de selección objetiva y bajo "el imperio del mandato ministerial".

Señaló que en el proceso de selección y adjudicación no se consideró el derecho de preferencia porque el Consejo Nacional de Televisión se limitó a obedecer la voluntad del Ministro, varió el máximo de horas adjudicables, escogió, sin motivación alguna, 26 proponentes y eliminó injustamente su propuesta.

Refirió al contenido del artículo 7 del decreto 350 de 1987, que prevé las reglas para la ponderación o valoración de las propuestas, para señalar que, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 de ese artículo, la adjudicación debe hacerse en proporción directa "teniendo en cuenta el proponente que resulte con la más alta calificación, el mínimo de horas individualmente adjudicables y el total de las solicitadas."

Explicó que debió multiplicarse el número de horas adjudicables, que era de 159, por su puntaje de 519 y dividirlo por la suma del puntaje total de todos los proponentes, que fue de 25.289, para obtener una adjudicación a su favor de 3.2 horas. De manera que, como no estaba prevista la adjudicación de menos de cuatro horas, tenía derecho a que se asignará este mínimo, de conformidad con lo dispuesto en el citado numeral 3, art. 7 del decreto 350 de 1987.

De igual manera y en escrito separado, pidió la suspensión provisional del acto acusado. (fols. 14 a 20 c. ppal)

1.2 Actuación procesal en primera instancia.

Mediante providencia del 8 de octubre de 1987 el Tribunal admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto acusado, pues no encontró configurada la manifiesta infracción de las normas invocadas. (fols. 23 a 28 c. ppal)

Inravisión fue notificado el 17 de diciembre de 1987 (fls. 23 y 31 c. ppal) y contestó la demanda en oportunidad. Reconoció como ciertos algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones.

Propuso como excepciones la ineptitud de la demanda, con fundamento en que el demandante no expuso el concepto de la violación de las normas legales que invocó y la falta de integración litisconsorcio necesario, porque no se vincularon al proceso a todos los adjudicatarios de la licitación.

En relación con los argumentos del actor explicó que la circunstancia de estar inscrito en el registro de proponentes no le concedía el derecho de ser adjudicatario porque la licitación es precisamente el procedimiento por el cual se selecciona al contratista; precisó que el decreto 350 de 1987 no es aplicable al caso concreto y que la adjudicación fue objetiva porque se sujetó a las previsiones de ley.

Dijo que mediante el análisis de los estudios de la licitación y los datos del registro de proponentes se evidencia que el demandante carecía de capacidad para ser adjudicatario de espacios de televisión; que la adjudicación de programas con puntajes bajos obedeció a que la calificación del programa sólo tenía una incidencia del 23.6% del puntaje total.

Respecto de los perjuicios reclamados precisó que los mismos son eventuales y no indemnizables. (fols. 32 a 38 c. ppal)

El Tribunal decretó pruebas mediante auto del 30 de mayo de 1988 (fol. 45 c. 1) y, mediante providencia del 12 de febrero de 1992, dispuso el traslado común a las partes y al Ministerio Público. (folio 272 c. ppal.)

En esta oportunidad procesal el demandante precisó que la única pretensión vigente era la relativa al pago de perjuicios en consideración a que "la resolución impugnada tuvo un desarrollo completo en el pasado, transcurrido el tiempo entre el 27 de abril de 1987 y la sentencia". Reiteró argumentos de su demanda y agregó que se produjo la falta de aplicación del capítulo V, letra A, numeral 9, del pliego de condiciones que prohíbe la adjudicación de menos de 4 horas y mas de 16 horas a un mismo proponentes porque se adjudicaron menos de cuatro a seis programadoras. También alegó la inaplicación del numeral 8 del mismo aparte del pliego relativo al tiempo adjudicado a cada concesionaria de programas de origen nacional. (fols. 273 a 276 c. ppal)

El demandado también alegó de conclusión; reiteró lo argumentado para fundar las excepciones propuestas y controvertir los cargos de la demanda.

Precisó que, en derecho público, no existen derechos adquiridos y que durante el trámite licitatorio el demandante sólo tenía meras expectativas. Afirmó que la adjudicación no fue el resultado de una imposición del Ministro de Comunicaciones sino el fruto de 140 horas de

estudio por la Comisión Nacional de Televisión; que el acto demandado está suficientemente motivado, que la adjudicación fue proporcional y ajustada al pliego y que el decreto 350 de 1987 no era aplicable a los pliegos, ni a la adjudicación.

Finalmente se refirió a cada uno de los eventos de violación directa que señaló el demandante en su alegato de conclusión, advirtiendo que esa no era la oportunidad procesal para formular nuevos cargos contra la legalidad del acto demandado. Al efecto señaló que no se adjudicaron menos de 4 horas, como tampoco mas tiempo de producción extranjera que nacional, que no se modificaron las condiciones de los pliegos y que el puntaje alcanzado por el demandante no alcanzaba los puntos requeridos para la adjudicación de los espacios. (fols. 284 a 319 c. ppal)

Estando el proceso para dictar sentencia el Tribunal advirtió la falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, en consideración a que el acto demandado producía efectos jurídicos respecto de la programadoras favorecidas con la adjudicación de espacios de televisión; de esta manera, mediante auto del 11 de febrero de 1992, dispuso la vinculación al proceso de Alejandro Munevar Domínguez Televisión LTda, Caracol Televisión S. A., Corporación Social para las Comunicaciones Cenpro, Producciones Cinevisión Ltda. C.V, Coestrellas S. A., Colombiana de Televisión S. A. Coltevisión, Criptón S. A., Cromavisión Ltda., Datos y Mensajes S. A., Producciones Do Re Creativa S. A., Producciones Eduardo Lemaitre y Cia Ltda., Germán García y García, Globo Televisión Ltda., Intervisión Ltda., Producciones Jes Ltda., Jorge Enrique Pulido, Multimedia Televisión Ltda., Noticiero Veinticuatro Horas Ltda., Prego Televisión Ltda., Programar Televisión Ltda., Producciones Punch S.A., RCN, RTI, Telestudio Ltda. y Producciones Tevecine Ltda. (325 a 328 c. ppal)

El demandado impugnó la anterior decisión con el objeto de que se dictara fallo inhibitorio en lugar de vincular a las programadoras; el Tribunal mediante providencia del 29 de abril de 1993 se abstuvo de reponer el auto impugnado. (fols. 329 a 334 c. ppal.)

El Tribunal adelantó los procedimientos pertinentes para notificar a las programadoras la providencia por virtud de la cual se dispuso su vinculación a este proceso; como no fue posible determinar la residencia de algunas de ellas se dispuso la notificación por edicto emplazatorio mediante providencias del 3 de mayo de 1995 y del 23 de agosto del mismo año (fols. 632 y 667c. ppal)

Cumplido el emplazamiento sin que catorce programadoras comparecieran a notificarse de la demanda, el Tribunal les designó curador ad litem mediante providencias del 9 de noviembre de 1995 y del 29 de enero de 1996 (fols. 700 y 709 c. ppal). La curadora se notificó del auto admisorio de la demanda el 26 de febrero de 1996 y presentó escrito de contestación el 15 de abril de 1996, en el que sólo manifestó que se oponía a la prosperidad de las pretensiones. (fol.710 c.ppal)

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las excepciones propuestas y las pretensiones del demandante.

Negó la ineptitud de demanda bajo la consideración de que el demandante si explicó la violación de las normas que invocó como contrariadas y que tampoco se daban los supuestos de la indebida conformación del contradictorio porque se dispuso la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, mediante auto del 11 de febrero de 1993.

Adujo que el Consejo Nacional de Televisión distribuyó el tiempo adjudicable entre los 26 primeros proponentes, le asignó un número máximo de 13.5 horas al primero, de 6.5 horas a los siguientes y de 4 horas a los terceros y cuartos, con independencia de los programas y recomendó dejar por fuera los espacios que hubieran tenido una calificación inferior a 400. Agregó que si bien el demandante considera que ha debido concederse espacios a todos los proponentes y por ello al menos cuatro horas a él, los pliegos de condiciones no señalan nada al respecto de manera que la administración "podía escoger uno u otro sistema, admitiendo a todos o a un grupo, porque ello forma parte de su poder discrecional sin que el juez pueda escoger uno u otro factor, máxime cuando no tiene razones para valorar su conveniencia o inconveniencia.

También precisó que el decreto No. 350 de 1987 no era aplicable al caso concreto porque empezó a regir después de abierta la licitación. (folios 723 a 727 c. 1)

6. El recurso de apelación

Fue interpuesto por la parte actora con el objeto de que se revoque el numeral 2 de la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Fundó su pedimento en que.

- La sentencia es contraevidente porque no tuvo en cuenta el material probatorio toda vez que obra en el expediente: la resolución 090 del 13 de enero de 1987 por la cual se le inscribió en el registro de proponentes, el acto administrativo de adjudicación cuyas actas no están motivadas y el anexo n° 2 al acta 22 en la que consta que el puntaje registrado de Arnulfo Nieto es de 508.

- La sentencia es contraria a la ley porque no tuvo en cuenta que el artículo 37, numeral 1 de la ley 42 de 1985 establece la selección objetiva "desprovista de discrecionalidad para el administrador.", como tampoco que el numeral 4 determina que las decisiones del Instituto y del Comité deben ser motivadas.

Refirió a un estudio aportado por el Ministerio de Comunicaciones relacionado con el decreto 350 de 1987, del cual destacó apartes relativos a la naturaleza de Inravisión y a las facultades de la Administración dentro del proceso de adjudicación de espacios de televisión, para concluir que la administración no cuenta con poderes discrecionales sino reglados y que las decisiones del Instituto y del Comité deben ser motivadas.

Finalmente anotó:

"El decreto 350 de 1987, art. 9, ya citado establece la vigencia: febrero 19 de 1987. El acto acusado es de fecha abril 27 de 1987.

En las pretensiones de la demanda no figura como acto acusado la apertura de la licitación. El acto acusado es el de adjudicación." (fols. 729 a 731 c. ppal)

El recurso se admitió por auto del 16 de agosto de 1996 (fol. 738 c. ppal) y mediante providencia del 16 de septiembre de 1996 se dispuso el traslado común a las partes y al Ministerio Público. (fol. 744 c. ppal).

7. Alegatos en esta instancia.

En esta oportunidad procesal Inravisión solicitó mantener la decisión impugnada. Afirmó que el fundamento de la apelación se reduce a diferencias en la aplicación de fórmulas matemáticas

para la distribución de las horas de programación entre los proponentes; que, en cualquier caso, es evidente que el demandante y cuatro proponentes más "no tenían derecho a que les adjudicaran el mínimo", porque la proporción adjudicable a su favor no alcanzaba el mínimo de 4 horas y "si se ajusta a 4 horas a cada uno de los proponentes no elegidos, se necesitarían casi tres (3) horas más para repartir (2h 59 min.) De donde saldrían?"

Explicó que el demandante no expuso conceptos de violación respecto de todas las normas que invocó y que no se puede violar directamente el artículo 30 de la Constitución Política porque "cuando hay violación esta debe ser a través de una ley"

En cuanto a los argumentos de la apelación dijo que la sentencia parte del hecho probado de que el demandante participó legítimamente en la licitación; precisó que las actas obrantes en el expediente están motivadas, dan cuenta de los procedimientos adoptados en el Consejo Nacional de Televisión para determinar la adjudicación y no contienen la decisión de adjudicación porque la misma está contenida en la resolución demandada que está debidamente motivada.

Señaló que el decreto 350 de 1987 no era aplicable al proceso licitatorio porque a la fecha en que empezó su vigencia el trámite ya estaba en curso "y por lo tanto no podía modificar las condiciones ya establecidas. Además, la aplicación del decreto, cualquiera que ella sea, no altera los resultados, en el caso sub iudice, salvo que se diga que el reglamento puede variar la ley."

En relación con el cargo de violación del inciso primero del artículo 37 de la ley 42 de 1985, explicó que tal disposición reguló la forma de elaborar los pliegos de condiciones para que la selección fuera objetiva, lo cual no obsta para que, como en el caso concreto, frente al silencio de los pliegos respecto del método de adjudicación, el Consejo Nacional de Televisión pudiera optar por la solución mas conveniente.

Finalmente explicó que, por disposición del numeral 4 del artículo 37 de la ley 42 de 1985, las motivaciones sobre las calificaciones de cada programa "sólo se podrán revelar a solicitud del proponente" por lo cual "pese a que existen no podrían figurar en la resolución adjudicatoria, pues ella, por orden de la ley, debe notificarse a muchas personas." (fols. 145 a 759 c. ppal)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a establecer la viabilidad de las pretensiones de nulidad del acto por medio del cual el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, adjudicó los contratos de concesión de espacios de televisión mediante el trámite licitatorio N° 01 de 1987 y del consecuente restablecimiento del derecho.

1. La acción incoada.

La demanda que determinó este proceso fue presentada el 19 de agosto de 1987, esto es, en vigencia del decreto 01 de 1984 y con anterioridad al decreto 2304 de 1989 que suprimió el último inciso del artículo 87 y modificó los numerales 7° y 8° del artículo 13

En aplicación de la disposición original del decreto 01 de 1984, se distinguieron los actos administrativos expedidos en un proceso contractual en separables y contractuales propiamente dichos; aquellos, los dictados por la administración antes de la celebración del contrato y los últimos, los dictados luego de la celebración del contrato.

Al respecto dijo la Sala:

"Con esas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 in fine), caducidad de cuatro meses (artículo 136, inciso 2º.) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 87 inciso 1º.), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7º del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes.

Aunque durante la vigencia del inciso 8º del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación, cuestionando incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituir una vez notificado el vencedor de la licitación o del concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación del licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de éste por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual.

Encuentra la Sala que en el presente proceso se instauró la acción ordinaria de restablecimiento del derecho tendiente a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y al resarcimiento de perjuicios al proponente vencido, prevista en el artículo 85 del C. C. A.

Si bien es cierto que el demandante manifestó, en la oportunidad para alegar de conclusión en la primera instancia, que la única pretensión viable para esa fecha es la que tiene por objeto la indemnización de perjuicios porque la decisión contenida en el acto acusado ya se habría cumplido, la Sala interpreta la intención del demandante y precisa que la prosperidad de la pretensión de restablecimiento en el caso concreto tiene como condición la anulación del acto acusado toda vez que la causa del perjuicio, según lo expuso el demandante en el libelo, es su no inclusión dentro de los proponentes seleccionados para la adjudicación de espacios de televisión.

Por tanto, la petición del demandante de que se reparen los perjuicios que se le causaron con la decisión contenida en la resolución 005 del 27 de abril de 1987, sólo será considerada después de examinar la legalidad de la misma y siempre que el actor logre desvirtuar la presunción de legalidad que la favorece.

Además de lo anterior la Sala precisa que la sola circunstancia de que los efectos de la decisión administrativa se hayan producido, no impide el examen de su legalidad, toda vez que cuando se alega que el daño tiene por causa un acto administrativo es forzoso analizar su validez, porque sólo mediante su anulación procede la indemnización que se reclama.

2. El acto acusado

Es la resolución N° 005 del 27 de abril de 1987 por medio de la cual Inravisión, a través del Consejo Nacional de Televisión, adjudicó los espacios de televisión, en desarrollo de la licitación pública nacional No 01 de 1987, por el período comprendido entre el 1 de julio de 1987 y el 30 de junio de 1991 a las siguientes programadoras: Alejandro Munevar Domínguez Televisión Ltda., Caracol Televisión S. A., Corporación Social para las Comunicaciones Cenpro, Producciones Cinevisión Ltda. C.V, Coestrellas S.A., Colombiana de Televisión S. A. Coltevisión, Criptón S. A., Cromavisión Ltda., Datos y Mensajes S. A., Producciones Do Re

Creativa S. A., Producciones Eduardo Lemaitre y Cia Ltda., Germán García y García, Globo Televisión Ltda., Intervisión Ltda., Producciones Jes Ltda., Jorge Enrique Pulido, Multimedia Televisión Ltda., Noticiero Veinticuatro Horas Ltda., Prego Televisión Ltda., Programar Televisión Ltda., Producciones Punch S.A., RCN, RTI, Telestudio Ltda. y Producciones Tevecine Ltda.(fol.

En la misma resolución se declaró desierta la licitación para la concesión de espacios de televisión en los días festivos, salvo los espacios destinados para los programas informativos modalidad noticieros y el espacio de las 18:00 a las 20:00 horas de los días festivos que se reservaron para Inravisión; se determinaron los espacios reservados para los partidos políticos, Inravisión, Audiovisuales y Colcultura; se ordenó la suscripción de los correspondientes contratos de concesión de espacios de televisión, se dispuso la notificación y comunicación de la resolución y se manifestó que contra la misma no procedía recurso alguno por la vía gubernativa. (fols. 376 a 393 c. 2)

La resolución acusada se fundamentó, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Que una vez cerrada la licitación, en presencia de los delegados de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación, el Comité de Licitación de Espacios de Televisión, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas mediante la Resolución No. 001 de 1.987 del Consejo Nacional de Televisión, sometió a un detallado estudio todas las propuestas para determinar si contenían los documentos de obligatoria presentación y si los oferentes reunían los requisitos exigidos para ello en el Pliego de Condiciones, y que con base en dicho estudio el Consejo Nacional de Televisión consideró que todas las propuestas y solicitudes de espacios podían ser válidamente estudiadas;

Que por lo anterior, el Consejo Nacional de Televisión estudió cada uno de los programas que se presentaron a la Licitación y los calificó individualmente, teniendo en cuenta su calidad y contenido y que cumplieran con los requisitos exigidos en los formatos Nos. 2 y 3 del Pliego de Condiciones, sobre descripción detallada y completa de los programas y sus características;

Que en el estudio que adelantó el Consejo Nacional de Televisión de los programas Informativos modalidad Noticieros, se analizó en forma rigurosa y detenida la estructura de la propuesta para el noticiero y la descripción general de su funcionamiento, su descripción técnica y su coherencia lógica con el funcionamiento general, las agencias nacionales o extranjeras con que contaría el programa, los corresponsales de noticias, el Director, el Productor, el Editor y el Coordinador, los locutores, presentadores, periodistas y reporteros propuestos, sus trayectorias profesionales, los premios y comentarios de prensa especializada de que hubiesen sido objeto el programa propuesto o su personal, así como el Programa Piloto que presentaron quienes estaban obligados a ello;

Que en el estudio de los demás programas que realizó el Consejo Nacional de Televisión se analizó, con igual rigor y detalle, la descripción general del programa, incluidos los aspectos conceptuales, temáticos y de manejo que se propusieron para cada uno, los recursos humanos en los programas nacionales, la fecha de producción de los programas ya realizados, los premios y comentarios especializados de que hubiese sido objeto y el Programa Piloto de aquellos que lo presentaron. Adicionalmente para programas Recreativos modalidad Dramatizados, se consideró la sinópsis del programa, la duración y estabilidad de la programación propuesta y, tratándose de programas extranjeros, su casa productora y la relación comercial con la casa distribuidora;

Que la calificación de la calidad y el contenido de la programación de cada una de las propuestas se agregó, en la forma y proporciones establecidas por el Pliego de Condiciones, a las que conforme al Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión, correspondía a cada proponente por la capacidad financiera, la capacidad técnica, la experiencia y el nivel profesional, la capacidad operativo, el cumplimiento de contratos anteriores y los equipos disponibles;

Que el Consejo Nacional de Televisión sometió a un estudio comparativo cada una de las propuestas para determinar los espacios a conceder a los distintos proponentes, teniendo en cuenta las horas disponibles para ser concedidas, las horas que se podían conceder a una misma persona y que, considerados los programas ofrecidos y la programación de mayor interés para la teleaudiencia, se cumplieran y ponderaran los criterios y directrices para la adjudicación consignados en el Pliego de Condiciones, guardando en lo posible la estructura de programación y el equilibrio entre los distintos proponentes en razón de la distribución de espacios según horarios y cadenas;

Que de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones de la Licitación, se exceptuaban de los espacios ofrecidos en concesión el espacio de lunes a viernes de 23:00 a 23:10 y los espacios de Inravisión, Audiovisuales y Colcultura, los cuales serían determinados en el proceso de adjudicación;

Que de conformidad con lo previsto en el literal m) del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1.983, el Consejo Nacional de Televisión, se reservó en el Pliego de Condiciones la facultad de efectuar adjudicaciones parciales de las horas ofrecidas en concesión;

Que el Consejo Nacional de Televisión consideró inconveniente la adjudicación de los diferentes espacios en los días festivos distintos de los espacios para Informativos modalidad Noticieros;

Que corresponde al Consejo Nacional de Televisión adjudicar los espacios de televisión, según 1.a Ley 42 de 1.985, artículo 13, literal b), con el lleno (de los requisitos legales. (fls. 376 a 378).

3. Análisis de los cargos de la demanda

3.1 Violación de la disposición contenida en el artículo 7 del decreto 350 de 1987.

La Sala negará el cargo formulado respecto de la violación del artículo 7 del decreto 350 de 1987 que invocó el actor, porque considera que esta norma no resulta aplicable al trámite precontractual materia de este proceso.

En efecto, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prevé la aplicación de las normas vigentes a la fecha en que se inicia un procedimiento hasta que éste finalice, aún en el evento de que se haya producido un cambio de legislación. Dispone la norma:

'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. **Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación**'.(resalta la Sala)

Si bien la norma se refiere a los "juicios", entendidos por tales aquellos procedimientos que se adelantan ante las autoridades jurisdiccionales, en esa condición, nada impide, a juicio de la Sala,

invocar la norma para el caso de procedimientos administrativos.

En consonancia con la norma precitada, el artículo 300 del decreto ley 222 de 1983, vigente para la fecha de apertura del procedimiento licitatorio que se estudia, prevé:

"Los contratos que a la fecha de vigencia de éste estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes."

Posteriormente el legislador reguló esta materia en el artículo 78 de la ley 80 de 1993 que, si bien no estaba vigente a la fecha en que se produjeron los hechos materia de este proceso, ilustra ampliamente la discusión:

"Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su **celebración o iniciación**" (negrilla por fuera del texto original)

Las anteriores disposiciones permiten deducir que el trámite precontractual está sujeto a lo dispuesto en las normas vigentes al momento de su iniciación, esto es, a las existentes a la fecha en que se produce la apertura de licitación y se pone en conocimiento de los interesados el pliego de condiciones.

La licitación pública entendida como el procedimiento de formación del contrat que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público que se persiguen con la contratación estatal, está sometida a condiciones normativas y reglamentarias que no pueden cambiarse caprichosamente durante su curso.

La claridad e inalterabilidad de las condiciones del proceso licitatorio son características que tienen su fundamento en los elementos esenciales del mismo, cuales son: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones.

Así lo previó la ley 42 del 11 de febrero de 1985, en el numeral 2 del artículo 37:

2. Las reglas o condiciones establecidas en los pliegos no podrán variarse al estudiar y calificar las propuestas, ni podrán ser objeto de interpretaciones que desconozcan lo establecido en los pliegos.

También lo precisó la Sala en sentencia proferida el 27 de marzo de 1992, expediente 6353:

"Como acto administrativo que es su revocatoria o modificación estará sujeta a las reglas generales. Pero una vez hecha la invitación a contratar por parte de la administración no podrá ser alterado ni modificado; alteración o modificación que, con mayor razón, no podrá producirse después del cierre de la licitación o de la presentación de las propuestas, so pena de nulidad."

Y en sentencia proferida el 3 de mayo de 1999, en la que se afirmó que el pliego de condiciones es:

"un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.

Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con

arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que, la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deben aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generale" se trata, esto es, que habiendo sido faccionado por la entidad licitante unilateralmente, por lo menos alguna parte de su contenido - por regla general aquél que no aparece debidamente disciplinado en el estatuto contractual - es susceptible de una valoración e interpretación, desde la perspectiva de las denominadas condiciones generales de contratación, pues que por este aspecto, dicho acto jurídico prenegocial se asimila en cuanto a su contenido a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales

De igual manera, en sentencia del 19 de julio de 2001, expediente12037, se dijo:

"Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato ".

Se tiene entonces que si el procedimiento de selección es el mecanismo que prevé la ley para escoger al mejor proponente vistos los fines de la contratación estatal, no es procedente realizar un cambio de las reglas que determinan la adjudicación, cuando el mismo ya se ha iniciado, porque ello atentaría contra el principio de transparencia, contra la igualdad entre los proponentes y el deber de selección objetiva que caracteriza la contratación estatal.

De manera que si Inravisión abrió la licitación pública Nacional mediante resolución N° 007110 del 22 de diciembre de 1986, sometió el trámite licitatorio a las disposiciones vigentes para entonces, cuales son fundamentalmente el decreto ley 222 de 1983, la ley 42 de 1985 y el pliego de condiciones; y como el decreto 350 de 1987 empezó a regir el día de su expedición, esto es el 19 de febrero de 1987, no resulta aplicable al proceso de selección de los contratistas materia de estudio en este proceso, porque este ya se había iniciado.

Finalmente cabe agregar que, si bien en el proceso se demostró que el Consejo Nacional de Televisión evaluó el contenido del decreto 350 de 1987, analizó su posible aplicación al proceso licitatorio y decidió no tenerlo en cuenta para la adjudicación de los contratos de concesión de espacios de televisión, esta sola circunstancia no conduce a concluir su vigencia respecto del procedimiento licitatorio y del acto acusado, por las razones antes expuestas.

3.2 Violación del artículo 37 de la ley 42 de 1985.

La Sala advierte que, como el demandante no expuso el concepto de violación del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, ni del artículo 44 del decreto ley 222 de 1983, se estudiará únicamente la violación alegada respecto del artículo 37 de la ley 42 de 1985, que es del siguiente tenor:

"La celebración de contratos de espacios de televisión se hará mediante el procedimiento de licitación pública, en la que, además de las reglas contenidas en el Decreto ley 222 de 1983, se

observarán las siguientes:

1. En los pliegos de condiciones que se elaboren se señalarán en forma concreta y precisa los criterios que se tendrán en cuenta para hacer las adjudicaciones, para lo cual se ponderarán o valorizarán tales criterios y se indicará la metodología que se adoptará para las correspondientes calificaciones. Esos criterios o pautas de evaluación buscarán llevar a efecto una selección objetiva, desprovista de discrecionalidad para el administrador.
2. Las reglas o condiciones establecidas en los pliegos no podrán variarse al estudiar y calificar las propuestas, ni podrán ser objeto de interpretaciones que desconozcan lo establecido en los pliegos.
3. En igualdad de condiciones para la adjudicación de espacios de televisión, se preferirá a quien no sea adjudicatario de programas o espacios en otro canal. Y para la adjudicación de espacios en un mismo canal, se preferirá a quien no se le haya adjudicado otro espacio, en igualdad de condiciones.
4. Las decisiones que tome el Instituto referente a la calificación de los proponentes y las del comité o Consejo de Definiciones Técnicas y Artísticas, deberán ser motivadas y sólo se podrán revelar a solicitud del proponente. Sin embargo, la lista de proponentes calificados será de conocimiento público."

Al respecto el actor afirmó que el acto acusado no estaba motivado, que con el mismo se contrariaron las condiciones del pliego y se violaron sus derechos a "una selección objetiva, a obtener una decisión motivada, a una adjudicación proporcional y al derecho de preferencia."

Señaló también que, en el proceso de selección y adjudicación, el Consejo Nacional de Televisión se limitó a obedecer la voluntad del Ministro, varió el máximo de horas adjudicables, escogió sin motivación alguna 26 proponentes y eliminó injustamente su propuesta.

Es menester analizar, por tanto, los hechos acreditados en relación con el trámite licitatorio y con los métodos adoptados para la valoración y calificación de las propuestas presentadas por los participantes en el proceso de selección.

a. Hechos probados

- Licitación pública.

Mediante Resolución 007110 del 22 de diciembre de 1986 Inravisión ordenó la apertura de la licitación pública nacional N° 01 de 1987 para la adjudicación de espacios de televisión por las cadenas uno y dos de Inravisión, para el período comprendido entre el 1 de julio de 1987 y el 30 de junio de 1991.

- Pliego de condiciones.

De su contenido la Sala destaca los siguientes apartes relevantes para la decisión:

A. CONDICIONES DE LOS PROPONENTES

Podrán presentar propuestas las personas naturales o jurídicas que sean capaces para contratar y que reúnan los siguientes requisitos:

1. Encontrarse legalmente calificadas y clasificadas en el Registro de Proponentes para la

celebración de Contratos de Concesión de Espacios de Televisión.

2. Las personas jurídicas deberán haberse constituido por lo menos seis (6) meses antes de la fecha de apertura de la licitación y su duración no podrá ser inferior a la del plazo del contrato y un (1) año más. Los anteriores requisitos deberán aparecer con claridad en el respectivo certificado de existencia.

3. Ser nacional colombiano.

4. No tener inversión extranjera.

5. No estar incursas en las inhabilidades ni en las incompatibilidades que la Ley 42 de 1985 y el Decreto Ley 222 de 1.983 señalen para licitar o celebrar contratos administrativos y de concesión de espacios de televisión

6. Estar a paz y salvo con Inravisión por concepto de todas las obligaciones exigibles en el momento de la presentación de la propuesta.

7. Cancelar el valor del ejemplar del pliego de condiciones.

B. NUMERO MINIMO DE PROPONENTES

El número mínimo de proponentes hábiles que se exige para que la licitación no sea declarada desierta, es de diez (10). (fls. 21 y 22)

2. Franjas y Caracteres que debe comprender la Propuesta

Los licitantes deberán presentar propuestas de programas para cada una de las franjas de los espacios de Televisión: Familiar y Adultos. Igualmente, deberán presentar propuestas de programas en la Franja Familiar que desarrollen temas apropiados para la audiencia Infantil.

Igualmente, deberán presentar propuestas de programas que desarrollen el carácter didáctico o el informativo en modalidad diferente a noticiero o boletín.

3. Número Mínimo de Horas de Programación Propuestas

Los licitantes deberán presentar propuestas de programas para cinco (5) horas de programación por lo menos.

Se podrán presentar propuestas únicamente para noticieros, las cuales no estarán sujetas a este límite.

4. Origen de los Programas Propuestos

Al conformar su propuesta, el licitante deberá tener en cuenta que por lo menos la mitad de la programación que le sea adjudicada, será de origen nacional. Así mismo, se comprometerá a que el veinte por ciento (20%) de los programas de origen nacional que presente, serán producidos en Inravisión.

Las condiciones de la producción de programas en el Instituto se sujetarán a lo dispuesto en los reglamentos.

(...)

METODOLOGIA PARA EVALUAR LAS PROPUESTAS

Para evaluar las propuestas y hacer la respectiva adjudicación, el Consejo Nacional de Televisión seguirá la siguiente metodología:

Levantada el Acta -de Cierre de la Licitación, el Comité de Licitaciones de Espacios de Televisión verificará que las propuestas contengan todos los documentos que las propuestas exigen los numerales uno (i) a seis (6) del literal b del Capítulo IV de este pliego de condiciones y que cada licitante tenga las condiciones que debe reunir conforme al Literal A del Capítulo III del pliego. Así mismo, verificará que la propuesta de utilización de espacios contenga el Formato No. 4 (Resumen de Propuesta) y el formato No. 2 o 3, según el caso, para cada espacio solicitado. De los aspectos a su cargo, el Comité presentará un concepto al Consejo Nacional de Televisión.

Con base en dicho concepto, el Consejo Nacional de Televisión rechazará las propuestas que:

- No contengan los documentos del Literal B, Capítulo IV.
- Sean presentadas por personas que no reúnan las condiciones del Literal A, Capítulo III; - No contengan el Formato No. 4, debidamente...diligenciado. También determinará no estudiar la solicitud de un espacio que no hubiere diligenciado el Formato No. 2 o 3 según el caso.

Por lo anterior, los proponentes deberán tener especial cuidado de no omitir ninguno de estos requisitos.

Enseguida, el Consejo Nacional de Televisión estudiará los programas propuestos, que serán evaluados con base en los datos solicitados en el Formato No. 2 o 3, según el caso.

Con base en dichos estudios, de conformidad con los criterios atrás expuestos, el Consejo Nacional de Televisión determinará a quien adjudicar los contratos de concesión de espacios de televisión para el período comprendido entre el primero (1o.) de julio de 1987 y el treinta (30) de junio de 1991. En este proceso, el Consejo Nacional de Televisión podrá crear comisiones Técnicas Asesoras, con el objeto de que le ayuden a mantener el equilibrio entre programación nacional y extranjera, de las horas adjudicadas a cada uno de los proponentes y de la forma como se realizaría la estructura de la programación contenida en este pliego.

El Consejo Nacional de Televisión al adjudicar podrá, de acuerdo con el carácter y modalidad de los programas propuestos, unificar o dividir los espacios a adjudicar.

C. ADJUDICACIONES PARCIALES

Inravisión podrá adjudicar parcialmente los espacios que se ofrecen en concesión.

(fls. 33 a 38)

- Por medio de la resolución N° 008 de 1986 el Consejo Nacional de Televisión determinó que: "Sólo podrán licitar, ser adjudicatarios y celebrar contratos de concesión de espacios de televisión las personas naturales o jurídicas que se hallen debidamente calificadas, clasificadas en inscritas en el Registro de Proponentes que se llevará en el Instituto Nacional de Radio y televisión." (fol. 1 c. 8)

- Mediante resolución N° 090 del 13 de enero de 1987 Inravisión, al resolver un recurso de

reposición, dispuso la inscripción de Arnulfo Nieto Pantoja en el registro de proponentes para la celebración de contratos de concesión de espacios de televisión.

Consta en este acto que Arnulfo Nieto Pantoja obtuvo un puntaje total de 508 puntos y que esa inscripción tenía una vigencia de 24 meses contados desde la ejecutoria del acto. (fols. 293 y 294 c.2)

- Inravisión adicionó y complementó el pliego de condiciones mediante adendos N° 1 del 9 de febrero de 1987 y N° 2 del 13 de febrero de 1987. En el primer documento consta la ampliación del término para aclaraciones hasta el 13 de febrero de 1987. (fols. 122 a 139 c. 2)

- Mediante resolución 000507 de 1987 Inravisión dispuso la prórroga del cierre de la licitación hasta las 12:00 meridiano del 13 de marzo de 1987. (fol. 137 c. 2)

- Evaluación y calificación de las propuestas.

Fueron realizadas por el Consejo Nacional de Televisión mediante el trabajo de comisiones temáticas designadas al efecto. Los principales aspectos de las deliberaciones en torno de la evaluación obran en las siguientes actas:

N° 12 del 24 de marzo de 1987, en la que figura que el Consejo decidió que "cada programa será calificado de cero a mil puntos y que la calificación para cada empresa en este aspecto será el promedio aritmético de la calificación de programas presentados"; como también:

"Este procedimiento se aplicará igualmente a las ofertas que presentan entre sus programas un informativo noticiero. (fol. 7 c. 7)

- N° 13 del 2 de abril de 1987, en la que constan las discusiones realizadas en torno a la vigencia del decreto 350 de 1987 respecto de la licitación 01 de 1987. Los miembros del Consejo **manifestaron su desacuerdo** en la aplicación del mentado decreto por considerar que "sería necesario dejar por fuera a aproximadamente 20 programadoras. Además el Consejo se vería en la necesidad de adjudicarle a las empresas escogidas un número de horas determinado sin tener en cuenta la calidad de los programas presentados. Igualmente podría darse el caso que entre las ofertas descartadas, hubiera programas de muy alta calidad que por lo tanto no podrían incluirse en la programación." (fol. 24 c. 7)

En esta oportunidad el Consejo resolvió solicitar al gobierno la aclaración del decreto 350 de 1987. (fol. 25 c. 7)

Anexo al acta obra carta del Consejo Nacional de Televisión al Presidente de la República a la que se adjunta una propuesta de modificación al decreto 350, en particular al numeral 3 del artículo 7; se dice:

"Al establecer este artículo el Derecho de los proponentes a que se les adjudique el máximo de horas establecido (16 horas según el pliego de condiciones de la licitación nacional 001/87) al que obtenga mayor puntaje definido en los numerales 1 y 2 del artículo mencionado del decreto 350/87 y al resto un número de horas directamente proporcional a dicho puntaje, se crean circunstancias que complican de manera innecesaria el proceso de adjudicación de espacios de televisión."

Se propone cambiar el numeral 3 del artículo 7 por un texto así:

"Al proponente que resulte con la más alta calificación se le podrá adjudicar hasta el máximo de horas semanales establecido en el pliego de condiciones de la licitación.

Al resto de proponentes, se le podrá adjudicar hasta un número de horas semanales que sea directamente proporcional a la calificación mencionada. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el mínimo de horas individualmente adjudicable y el total de las licitadas, según el pliego de condiciones de la licitación, descontando las que se reserven para Inravisión, Audiovisuales y Colcultura, las licitadas para programas con carácter informativo, modalidad noticiero y las destinadas por ley al Congreso de la República y los partidos políticos; si hecho el cálculo de este número de horas, aparecen cifras decimales, éstas se aproximarán así: cinco (5) décimas o más a la cifra entera inmediatamente superior y menos cinco (5) décimas a la cifra entera inmediatamente inferior."(fol. 29 c. 7)

Nº 14 del 7 de abril de 1987, en la que consta evolución del proceso de calificación de propuestas. (fol. 33 c. 7)

Nº 15 del 9 de abril de 1987, en ella se informa que las tres comisiones temáticas entregaron sus informes evaluativos. Algunos miembros del Consejo explicaron los procedimientos que se podrían aplicar teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto 350 de 1987 así:

"- número total de horas disponibles.

- número total de horas adjudicables.

-número total de horas reservadas para Audiovisuales, Colcultura, Inravisión, Cámara, Senado y Partidos Políticos.

- número de horas por franja y por tipo de espacio.

- adjudicación de programas." (fol. 44 c. 7)

No consta la aprobación de los miembros del Consejo respecto de esta propuesta.

Nº 16 del 10 de abril de 1987; consta informe del Ministro de Comunicaciones en el sentido de que el decreto 350 de 1987 había sido demandado ante el Consejo de Estado, pero que esa demanda "no afecta el proceso de adjudicación que actualmente se está adelantando aún si se suspende provisionalmente el decreto" (fol. 44 c. 7)

Nº 17 del 11 de abril de 1987, obran criterios de adjudicación expuestos por los comisionados así:

"Para desarrollar la fórmula que permite establecer el máximo de horas adjudicables, se establecen los siguientes parámetros:

Número total de horas disponibles 163

Número total de horas adjudicables 154

Número de horas reservadas para Audiovisuales, Colcultura, Inravisión, Cámara, Senado, Partidos Políticos 9 horas

Audiovisuales y Colcultura 4.5 horas

Cámara y Senado 3.5 horas

Inravisión 1 hora

El doctor Carlos Valencia propone un procedimiento para establecer el número máximo de horas adjudicables a cada programadora. Este procedimiento se ajusta a las condiciones del pliego por cuanto considera los mínimos y máximos horarios adjudicables y guarda una relación entre el puntaje final de cada programadora y el número de horas por adjudicar.

Considera además que la oferta de programas de buena calidad es escasa, se hace necesario tener un número tal de programadoras que permita completar la programación.

Después de la explicación del doctor Valencia, el Consejo acepta la propuesta y decide establecer en 13.5 el máximo de horas adjudicables a la empresa que obtenga el máximo puntaje.

Para el resto de ofertas se disminuirá el máximo en una hora y en forma descendente hasta que la suma iguale las 154 horas adjudicables, así:

13.5

12.5

11.5

10.5

9.5

8.5

7.5

6.5

5.5

4.5

4 horas para cada uno de los 16 últimos.

TOTAL 154 HORAS (fls. 295 y 296)

Acta N° 19 del 13 de abril de 1987 en la que consta el estudio de los informes de las subcomisiones temáticas de evaluación, los cuales fueron acogidos por el Consejo, a excepción de unos programas cuyos puntajes se modificaron.

Igualmente se establecieron como parámetros revisables para iniciar el trabajo de análisis una tabla propuesta por la Comisión de programas Didácticos y Recreativos no dramatizados que dice:

0-499 puntos no se recomienda.

500-699 se recomienda.

700-800 puntos se recomienda positivamente.

Mayor a 800 puntos debe estar en la programación.

También obra la propuesta de la comisión de programas recreativos dramatizado en la que consta:

0-400 puntos no debe estar en la programación

401-600 ojalá no esté en la programación.

601-800 puede estar en la programación.

801-1000 debe estar en la programación.

En relación con la opinión del Consejo respecto de las anteriores tablas dice:

"La comisión de programas informativos y de opinión está de acuerdo con aplicar la primera tabla a sus programas; así decide el Consejo y se inicia el proceso de estructurar programación. Se aclara que las tablas mencionadas servirán como guía para avanzar en el trabajo. (fls. 299 y 300 c.2)

Bajo los anteriores supuestos se calificaron los programas propuestos por el demandante así:

Teatro Familiar 200

El hombre del paraguas 650

Mujeres, mujeres, mujeres 100

Wetgate 200

Viendo cosas 200 (fol. 311 c. 2)

Así es 600 (fol. 311, 328 C. 2, 74 c. 7)

Acta N° 20 del 14 de abril de 1987, obran observaciones sobre la adjudicación de espacios noticiosos. (fol. 100 c.2)

Acta N° 21 del 15 de abril de 1987, constan acuerdos relativos al diseño de la programación, se afirma que debe ser un esquema que "analice los enfrentamientos, los tipos de espacios, módulos y equilibrio en cuanto al origen" (fol. 101 c. 2)

Acta N° 22 del 16 de abril de 1987, en la que se refiere el procedimiento aprobado para la calificación de propuestas así:

"El Director Ejecutivo explica al Consejo sobre el trabajo encomendado a la administración. Informa que se cotejaron todos los datos que se manejan en el computador como son las empresas, nombres de programas, puntajes, datos del registro etc, y que se hicieron las correcciones del caso.

Sin embargo la administración no pudo completar el trabajo encomendado por el Consejo pues al revisar el Pliego de Condiciones encontró que los puntajes asignados a los programas por las tres comisiones que los analizaron omitieron incluir en el cálculo el 76.4% correspondiente a la evaluación de la empresa, dato que debe ser tomado del puntaje del registro ajustado al pliego.

El listado total de programas incluyendo esta corrección es presentado al Consejo Nacional de Televisión quien después de conocerlo lo aprueba como el puntaje definitivo para cada programa, y el promedio para cada programadora, según el número de programas presentados será el puntaje total definitivo para cada programadora como evaluación de su propuesta. Se anexa listado de computador que incluye estos datos.

(...)

Los doctores Carlos Valencia y Carlos Humberto Gómez, hacen las siguientes propuestas:

a. Una modificación a lo acordado en la sesión No. 17 del 11 de abril, en cuanto a la distribución de las horas adjudicables manteniendo el máximo en 13.5 y el mínimo de 4.0 (excepción hecha de las ofertas para noticiero únicamente).

La propuesta consiste en crear rangos en los puntajes obtenidos y relacionarlos con el número de horas a adjudicar, en la siguiente forma:

13.5 horas

6.5 horas

5.0 horas

4.0 horas hasta completar el número de horas adjudicables.

En este punto se aclara que el número de horas adjudicables es de 157 de un total de 163 y no 154 como se calculó inicialmente, pues al establecer Inravisión los espacios reservados para Audiovisuales, Senado, etc, solamente requiere 6 horas y no 9.

El Consejo Nacional de Televisión decide adjudicar los largometrajes a partir de las 22:45 p.m. los días sábados y domingos con lo cual el total de horas a adjudicar es de 159 horas.

Con base en el puntaje aprobado por el Consejo Nacional de Televisión para todos los programas y a los rangos establecidos para el número de horas se calcula el número de programadoras y número de horas que se les adjudicará. Se anexa listado con estos datos.

La tabla planteada se basa en el principio de equidad para lograr que exista una correspondencia entre el número de horas adjudicadas a cada proponente y su capacidad como empresa. Igualmente, pretende no desmejorar ostensiblemente a ninguna empresa y hacer una distribución equitativa de las horas.

b. La segunda propuesta es establecer como guía de trabajo para distribuir los espacios la siguiente tabla:

CLASIFICACION DE LOS ESPACIOS

HORAS ADJUDICADAS AAA AA A BB B

13.5 3.5 1.5 2.0 2.0 3.0

6.5 1.5 0.5 1.0 1.0 2.0

5.0 1.5 0.5 0.5 1.0 0.5

4.0 1.0 0.5 0.5 0.5 1.0

Se tratará de ajustar la adjudicación a esta distribución a pesar de lo complicado y complejo que resulta este proceso, y a las distorsiones que se presentarán con las programadoras a las cuales se les adjudique noticiero.

El Consejo Nacional de Televisión aprueba las fórmulas presentadas por los doctores Carlos Valencia y Carlos H. Gómez.

El Presidente del Consejo, señor Ministro de Comunicaciones solicita al Consejo Nacional de Televisión que con la información que tiene sobre los diferentes aspectos de la propuesta, puntajes, calificaciones etc, inicie formalmente el proceso de adjudicación." (fls. 343 y 344 c.2)

En el anexo 1 al acta 22 obra la relación de todos los programas propuestos y los puntajes dados por el Consejo (fols. 347 a 355 c.2) y en el anexo 2 de la misma acta 22 figura la relación de los puntajes totales dados a cada una de las programadoras en consideración a sus calidades y a las de sus propuestas, como también el número de horas adjudicables entre las 28 primeras programadoras. Allí se indica que Arnulfo Nieto Pantoja ocupó el lugar N° 33 entre 34 proponentes. (fol. 356 c.2)

Acta N° 23 del 22 de abril de 1987, consta el procedimiento adoptado para adjudicar espacios correspondientes a telenovelas nacionales. (fol. 126 c. 7)

Acta N° 24 del 23 de abril de 1987, consta el procedimiento empleado para adjudicar los espacios a los proponentes de mayores puntajes. Se acordó adjudicar programas: "hasta completar las horas a las cuales tiene derecho según la tabla establecida y analizando las posibilidades de colocación de los diferentes programas , su enfrentado, el programa anterior y posterior, el día, la cadena, su origen, la clasificación del espacio y todos los demás aspectos que permiten tomar decisiones objetivas y técnicamente evaluadas." (fol. 133 c. 7)

Se anexó a esta acta toda la información determinante del acto de adjudicación de los contratos de concesión de 159 horas. (fols. 135 a 148 c.7)

- En actas Nos 25 y 26 correspondientes a las reuniones celebradas los días 24 y 25 de abril de 1987, consta el análisis de la estructura diaria de la programación. (fols. 152 a 155 c. 7); en la N° 27, que el Consejo Nacional de Televisión, en reunión del 26 de abril de 1987, aprobó el proyecto de resolución por medio de la cual se decidió la licitación pública nacional 01 de 1987. (fol. 157 c. 7) y en la N° 28 del 27 de abril de 1987, el acuerdo del Consejo para corregir un error en la transcripción del proyecto de resolución que decidió la licitación 01 de 1987. (fol. 162 c. 7)

b. Valoración de los hechos probados

Mediante el análisis de los anteriores hechos probados la Sala deduce que el acto por medio del cual se realizó la adjudicación de los contratos de concesión de espacios de televisión no es violatorio de las disposiciones contenidas en el artículo 37 de la ley 42 de 1985.

En efecto, quedó demostrado que la adjudicación de los mentados contratos de concesión estuvo precedida por un minucioso trabajo de clasificación, evaluación y calificación de los programas de televisión por las comisiones designadas al efecto, que presentaron los resultados al Consejo Nacional de Televisión para su aprobación.

Está igualmente acreditado que se determinó la calificación total asignada a cada uno de los

proponentes mediante la sumatoria del valor porcentual dado a la calidad y contenido de la programación (23.6%), a la capacidad financiera del proponente (19.2%), a su capacidad técnica (3.6%), a la experiencia y nivel profesional (27.2%), a la capacidad operativa (19.2%), al cumplimiento de contratos anteriores (3.6%) y a los equipos disponibles (3.6%), de conformidad con lo dispuesto en el pliego y en la ley.

La citada calificación total de cada propuesta consta en el siguiente cuadro que obra en el anexo N° 2 del acta N° 22, ya mencionada:

NOMBRE	TOTAL	HORAS A ADJUDICAR
1 RADIO Y TELEVISION INTERAMERICANA S.A. R.T.I.	883.44	13.5
2 RADIO CANEDA NACIONAL TELEVISION R.C.N.	872.84	13.5
3 PRODUCCIONES PUNCH	868.74	13.5
4 CARACOL TELEVISION S.A.	863.59	13.5
5 NOTICIERO 24 HORAS	854.16	2.5
6 CORPORACION PROMOTORA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL PROMEC	848.77	6.5
7 PRODUCCIONES JES LTDA.	835.89	6.5
8 PRODUCCIONES CINEVISION	832.52	6.5
9 CORPORACIÓN SOCIAL PARA LAS COMUNICACIONES-CENPRO	815.39	6.5
10 JORGE BARON TELEVISION LTDA.	805.82	5.0
11 CROMAVISION LTDA.	804.96	5.0
12 DATOS Y MENSAJES S.A.	772.28	5.0
13 PREGO TELEVISION LTDA.	754.92	5.0
14 COESTRELLAS S.A.	745.40	5.0
15 DO-RECREATIVA S.A.	737.56	5.0
16 PRODUCCIONES EDUARDO LEMAITRE Y CIA. LTDA.	728.97	4.0
17 PROGRAMAR TELEVISION S.A.	723.98	4.0
18 COLOMBIANA DE TELEVISION S.A.	719.15	4.0
19 GLOBO TELEVISION LTDA.	717.27	1.0
20 GERMAN GARCIA Y GARCIA	711.45	4.0
21 AMD TELEVISION	694.63	4.0
22 PROYECTAMOS TELEVISION LTDA.	694.00	4.0
23 CRIPTON S.A.	692.28	1.5
24 INTERVISION LTDA.	683.94	4.0
25 JORGUE ENRIQUE PULIDO	681.90	4.0
26 MULTIMEDIA TELEVISION	642.63	4.0

27	PRODUCCIONES TEVECINE LTDA	642.56	4.0
28	TELESTUDIO	637.99	4.0
29	MANUEL MEDINA MESA	606.03	0.0
30	ARTURO DE LA ROSA TELEVISION LTDA.	581.84	0.0
31	SALIM ANTONIO SEFAIR	577.60	0.0
32	PROGRAMADORES ASOCIADOS T.V. LTDA.	576.74	0.0
33	ARNULFO NIETO PANTOJA	473.22	0.0
34	COMPAÑÍA UNIVERSAL DE TELEVISION LTDA.	0.00	0.0

Del cuadro anterior se deduce fácilmente que el demandante, Arnulfo Nieto Pantoja ocupó el lugar N° 33 y que fue calificado con 473,22 puntos mientras que el primer adjudicatario de la lista, RTI, lo fue con 883,4; en tanto que el último de los adjudicatarios, que ocupó la posición N° 28, obtuvo 642,56. Lo que demuestra que la propuesta del demandante no estuvo por encima de las propuestas escogidas, como también que las programadoras favorecidas con el mayor número de horas adjudicadas fueron las que obtuvieron los mejores puntajes.

Nótese también que a cada uno de los cuatro mejores calificados se les adjudicó 13.5 horas y a cada uno de los 11 últimos en la relación cuantitativa se les adjudicó 4 horas, de conformidad con los topes señalados en el pliego de condiciones para el número máximo de horas adjudicables, de 16, y el número mínimo, de 4; excepción hecha de las programadoras que licitaron por espacios para noticieros de televisión, que podían ser adjudicatarias de un número menor al de 4 horas, como en efecto ocurrió con Criptón S. A., Globo Televisión y el Noticiero 24 horas.

En cuanto a los factores que determinaron la calificación final del demandante, de 637 puntos, la Sala encuentra que fue el resultado de sumar, entre otros, el porcentaje asignado en el pliego al puntaje que recibió la programadora en el acto que dispuso su inscripción en el Registro de Proponentes para la concesión de espacios de televisión, contenido en la resolución N° 090 del 13 de enero de 1987, que fue de 50 puntos sobre 1000 y los puntajes dados a cada uno de los programas que propuso en la licitación que al ser evaluados sobre un máximo de 1000 fueron calificados así:

Teatro Familiar 200

El hombre del paraguas 650

Mujeres, mujeres, mujeres 100

Wetgate 200

Viendo cosas 200 (fol. 311 c. 2)

Así es 600 (fol. 311, 328 C. 2, 74 c. 7)

Así las cosas se tiene que el demandante no resultó favorecido con la adjudicación de los contratos de concesión porque su calificación total estuvo muy por debajo de la calificación de

los otros proponentes.

c. El método para la adjudicación de espacios entre los proponentes de acuerdo con los puntajes totales de cada uno.

El demandante, como se dijo, no discutió la calificación que le dieron al momento de su inscripción en el registro correspondiente, ni rebatió los puntajes dados a cada uno de los programas que propuso; cuestionó básicamente los criterios que motivaron el acto de adjudicación, que a su juicio fueron "ocultos e infundados".

La Sala encuentra que el Consejo Nacional de Televisión inicialmente consideró asignar 13.5 horas a la programadora con mayor puntaje, disminuyendo en una hora para cada una de las siguientes hasta llegar a la décima programadora, desde la cual se asignarían 4 horas a las 16 siguientes; esto significaba dejar por fuera de la adjudicación a las 7 últimas programadoras. (acta N° 17 del 11 de abril de 1997)

Posteriormente, en sesión celebrada el 16 de abril de 1987 (acta N° 22), se acordó mantener el tope de 13.5 horas adjudicables a la programadora con mayor puntaje y crear rangos de puntajes para adjudicar en forma descendente espacios de 6.5 horas, 5 horas y 4 horas hasta completar el número total de horas adjudicables de 157. Esta fue la fórmula que determinó la distribución de los espacios de televisión entre las 28 programadoras con mejores puntajes contenida en el acto demandado.

El demandante manifestó que, en aras de la equidad y la proporcionalidad, debieron adjudicarse las horas disponibles mediante la aplicación de una regla de 3, que involucrara el total de los puntajes obtenidos por todas programadoras frente al número de horas adjudicables, para así determinar el número adjudicable a cada programadora según su puntaje total.

Según su fórmula: el total de puntajes de todas las programadoras es al total de horas disponibles, lo que el puntaje total de la programadora A es a N horas adjudicables.

Afirmó también el demandante que si se hubiera aplicado lo dispuesto en el decreto 350 de 1987 se hubiera logrado el mismo fin, toda vez que por virtud de lo dispuesto en su artículo 7 numeral 3, al proponente mejor calificado debía adjudicarse el máximo de horas, que en caso concreto era de 16 y al resto de proponentes se le adjudicaría en orden descendente de calificación directamente proporcional, sin exceder el número de horas que hubiere solicitado.

En aplicación de ese decreto, precisa el actor, todas las programadoras oferentes tendrían la adjudicación de espacios de televisión.

Al respecto la Sala considera que no le asiste razón al demandante porque en el pliego de condiciones no se dispuso una fórmula matemática para la adjudicación de los espacios entre las distintas programadoras según sus puntajes; la distribución, se dijo, debía obedecer a criterios que atendieran la eficiente prestación del servicio público de televisión.

Según lo acreditado en el proceso, un espacio de televisión triple A (AAA) es mucho más favorable para la programadora que uno doble A (AA) o que uno B, toda vez que el espacio mejor ubicado (AAA) es el de mayor audiencia y por ende el que presenta mayor demanda de pauta publicitaria. Así también cabe tener en cuenta que las franjas adjudicables y las horas correspondientes a cada una de ellas estaban determinadas por la naturaleza de los espacios (dramatizado, humorístico, etc), los que a su vez eran fijados por el Consejo Nacional de

Televisión de acuerdo con las preferencias de los televidentes.

Se tiene entonces que la adjudicación de las horas de televisión a cada proponente no se resolvía con la aplicación de una simple regla de tres, puesto que era necesario atender elementos tales como el número de horas disponibles por franja, el número de programas propuestos para cada franja, la calificación dada a cada uno de esos programas y la ponderación total dada a cada proponente.

Así mismo cabe señalar que en el pliego de condiciones tampoco se dispuso la adjudicación de espacios de televisión entre todos los proponentes, razón por la cual era dable seleccionar únicamente las mejores propuestas.

Ahora que, si bien es cierto que en el proceso licitatorio se impone la selección objetiva del contratista, también lo es que a la entidad pública le cabe cierta discrecionalidad en la valoración y ponderación de las propuestas, toda vez que en muchas ocasiones ni el pliego de condiciones, ni las disposiciones legales pertinentes regulan la totalidad de los aspectos propios de una licitación pública.

Así lo precisó la Sala en sentencia proferida el 7 de marzo de 1985, expediente 4526 cuando dijo:

"Ha dicho la jurisprudencia que la adjudicación de una licitación, si bien es un acto reglado no está exenta de cierta dosis de discrecionalidad. Y es reglado porque la Administración se tiene que ajustar para hacerla a una serie de requisitos previos, impuestos por la ley de contratación pública. Requisitos que una vez reunidos deben evaluarse en su conjunto para lograr definición de lo que para la entidad pública constituye 'la mejor propuesta'.

Y es en este extremo en el cual juega la discrecionalidad administrativa, por la dosis de conveniencia para los intereses generales que entran en juego.

Y este factor es precisamente el que debe desvirtuar el licitante vencido que aspira a obtener éxito en la contienda jurisdiccional frente a los otros proponentes calificados. Desvirtuación que no es fácil y que no puede limitarse a simples afirmaciones, sino que debe tener su apoyo en pruebas legalmente incorporadas al proceso que evidencien la apreciación errónea de la Administración.

(...)

Lo precedente muestra que la demandante, no demostró los supuestos de hecho que le hicieran acreedora a una decisión favorable y que evidenciaran que los criterios utilizados por la entidad adjudicante habían sido erróneos e inadecuados."

Cabe tener en cuenta también que el artículo 202 del decreto ley 222 de 1983 otorgaba a Inravisión competencia para fijar la programación y los horarios que permitieran la realización del objeto principal de los contratos de concesión de espacios de televisión, previsto en el artículo 208 del mismo estatuto, cual era "difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población; preservar y enaltecer las tradiciones nacionales; favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional." Función esta que, indiscutiblemente, determinaba cierta autonomía para el Instituto en el diseño de la correspondiente programación.

En el caso concreto, ni las disposiciones aplicables al proceso licitatorio, ni el correspondiente

pliego de condiciones contenían métodos cuantitativos de distribución de los espacios de televisión entre los proponentes ya calificados. Se regularon los factores y directrices que debían considerarse para la calificación de las propuestas, con fundamento en los cuales el Consejo Nacional de Televisión adjudicó los horas, atendiendo el correspondiente cuadro de programación.

En efecto, el artículo 204 del decreto ley 222 de 1983, disponía al efecto:

"Del procedimiento de contratación y del criterio de adjudicación. Los contratos de concesión de espacios de televisión se adjudicarán mediante licitación pública, por resolución motivada y teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. La calidad y el contenido de la programación.
2. La capacidad financiero.
3. La capacidad técnica.
4. La experiencia y el nivel profesional del licitante y del personal a su servicio, en relación con la naturaleza de los servicios ofrecidos.
5. La capacidad operativa.
6. El cumplimiento de los contratos anteriores.
7. Los estudios instalados y equipos profesionales que el licitante tenga a su disposición"

De igual manera, en el pliego se determinó que serían criterios para la adjudicación los siguientes:

1. La calidad y el contenido de la programación.
2. La capacidad financiera
3. La capacidad técnica
4. La experiencia y nivel profesional del licitante y del personal a su servicio, en relación con la naturaleza de los programas propuestos.
5. La capacidad operativa.
6. El cumplimiento de los contratos anteriores.
7. Los estudios. instalados y equipos profesionales que el licitante tenga a su disposición.

Los cuales tendrían en siguiente valor porcentual

- calidad y contenido de la programación 23.6%
- Capacidad Financiera 19.2%
- Capacidad técnica 3.6%
- Experiencia y nivel profesional 27.2%

- Capacidad Operativa 19.2%
- Cumplimiento de contratos anteriores 3.6%
- Equipos disponibles 3.6%

100.0%

También se señalaron en el pliego las siguientes directrices para la adjudicación:

"8. La mitad del tiempo adjudicado a cada concesionario debe corresponder a programas de origen nacional.

9. No se adjudicarán menos de cuatro (4) ni más de diez y seis (16) horas de programación semanal en los dos canales a un mismo proponente. Se exceptúa del mínimo de cuatro (4) horas las adjudicaciones a personas que presenten propuestas exclusivamente para Noticiero.

10. Se adjudicarán espacios de televisión a un proponente por cualquiera de los dos (2) canales.

11. A un mismo adjudicatario se concederán espacios por las dos cadenas en forma equilibrada.

12. A un mismo adjudicatario se le podrán conceder espacios en las categorías que correspondan a la clasificación de espacios según horarios establecidos en el capítulo II, Literal A numeral 3 con el fin de lograr un equilibrio en la programación que se adjudique.

13. La adjudicación de espacios se hará teniendo la estructura de la programación establecida en el Capítulo II Literal B de este pliego.

14. Para los espacios de Lunes a Viernes de las 17:00, a las 18:00, y de sábados, domingos y festivos de las 08:00 a las 10:00, se preferirán las propuestas que estén dirigidas a la Audiencia Infantil.

15. Los cuatro (4) espacios para la presentación de los Dramatizados - seriados (Telenovelas) previstos en la programación, serán adjudicados de Lunes a Viernes por una misma cadena, a licitantes diferentes.

16. Los programas Recreativos - Dramatizados seriados (telenovelas) que se presenten en los horarios determinados para ellos, únicamente podrán ser de origen nacional. Estos programas deberán estar enfrentados a Recreativos. no seriados.

17. Los concesionarios de los cuatro (4) espacios semanales en que se presenten serán distintos.

18. Los programas de opinión no quedarán en una misma hora a lo largo de la semana y preferentemente quedarán ubicados en horarios de alta audiencia.

19. En igualdad de condiciones se preferirá a quien no sea adjudicatario de programas o espacios en el otro canal y para la adjudicación de espacios en un mismo canal, se preferirá a quien no se le haya adjudicado otro espacio en igualdad de condiciones."

Como puede verse la adjudicación de los espacios estaba sometido a criterios y directrices predeterminados en la ley y en el pliego, más no a reglas cuantitativas o exactas para dividir los espacios adjudicables entre los proponentes según el puntaje de su calificación.

Y, como se indicó, los programas propuestos y las programadoras fueron objeto de un riguroso

examen por las comisiones temáticas que determinaron la calificación porcentual de cada uno de los factores de evaluación previstos en el pliego, cuya sumatoria determinó el puntaje total. Luego de lo cual se dispuso la adjudicación de las horas de conformidad con las directrices de adjudicación y el cuadro de programación diseñado por el Consejo Nacional de Televisión.

A propósito de este aspecto cabe precisar que la Sala no considerará los nuevos cargos que propuso el demandante en su alegato de conclusión en primera instancia, relacionados con el desconocimiento de las directrices de adjudicación consistentes en la proporcionalidad del tiempo adjudicado para programas de origen nacional y extranjero, toda vez que los mismos no fueron expuestos en la demanda.

De todo lo anterior la Sala concluye que con el acto acusado no se violaron los derechos del demandante a una selección objetiva, como tampoco el derecho a una decisión motivada, a una adjudicación proporcional, ni el derecho de preferencia del artículo 37 – 3 de la ley 42 de 1985.

Tampoco le asiste razón al demandante cuando al sustentar la alzada manifestó que la sentencia era contraevidente e ilegal. Como quedó explicado, la denegatoria de las pretensiones se impone porque el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de que goza el acto de adjudicación demandado.

Si bien lo anterior es suficiente para despachar negativamente el cargo propuesto por el demandante la Sala precisa que, aún en el evento de aplicar la regla de tres propuesta por el actor para la adjudicación de las horas disponibles entre los proponentes calificados, el demandante no se hubiera favorecido con la adjudicación de espacios de televisión. Veamos:

Factores

Puntaje total asignado a todas los proponentes: 24.083,43

Número total de horas adjudicables: 159

Puntaje del demandante: 473,22

Horas adjudicables al demandante X

24.083,43 es a 159 horas adjudicables

lo que 473,22 es a X

De manera que:

$24.083,43 \text{ X} = 473,22 \times 159 \text{ X} = \underline{473,22 \times 159} = 3.12 \text{ horas}$

24.083,43

Como el número mínimo de horas adjudicables era de cuatro (4) y el demandante no propuso noticieros de televisión, su puntaje total no permitía su selección como adjudicatario de contratos de concesión de espacios de televisión.

Con fundamento en todo lo anterior la Sala concluye que no se configura la violación del artículo 37 de la ley 42 de 1985, porque la selección de los adjudicatarios de espacios de televisión fue objetiva, se realizó mediante un acto motivado, en uso de las facultades regladas que otorga la ley al Instituto demandado y con sujeción a los factores y directrices dispuestas en el decreto 222

de 1983 y en los pliegos de condiciones. Ya que como se explicó, frente al silencio de los pliegos respecto del método de adjudicación entre los proponentes calificados, el Consejo Nacional de Televisión podía adoptar la solución mas conveniente a los fines de la prestación del servicio público de televisión.

A igual conclusión llegó la Sala al examinar un caso en el que no se previeron en los pliegos todos los criterios necesarios para la selección del contratista:

"b. El art. 66 del Código Fiscal del Departamento del Valle prevé los criterios de evaluación, pero no incluye en la comparación de propuestas el método de capacidad de contratación K. En consecuencia, en sentir del actor, se viola este precepto por haber recurrido a un sistema no establecido o no conocido previamente por los proponentes.

El cargo tampoco prospera, porque si bien el procedimiento de adjudicación es reglado, la exigencia no puede llegar hasta la regulación absoluta de todos sus aspectos y detalles. Si así quisiera ninguna adjudicación sería posible, porque ella siempre implica un juicio razonado de alternativas que culmina con una escogencia.

(..)

En la evaluación de las propuestas deberá tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes...".

De esto se colige que la enumeración de factores de evaluación no es taxativa (números clausus) sino enunciativa o por vía de ejemplo (numerus apertus) y que la administración podía y pueda valerse de otros, en orden a lograr una adjudicación excelente, toda vez que se garanticen la transparencia y los derechos de los proponentes."

Se concluye también que el demandante no demostró la violación de los derechos que invocó, porque en la selección de los contratistas se garantizó su derecho de igualdad, la adjudicación fue proporcional al puntaje obtenido por los proponentes y se tuvo preferencia por las propuestas mejor calificadas. La demandante fue evaluada en aplicación de los mismos factores, directrices y procedimientos dispuestos para todos los proponentes y gozó de las mismas oportunidades, términos y facultades.

En consecuencia habrá de confirmarse la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 30 de mayo de 1996, por medio del cual denegó las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

RICARDO HOYOS DUQUE

JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Presidente de Sala

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

