

Bogotá, 28 de marzo de 2016

Señor:

JOHN JAIRO OCAMPO NIÑO.

Gerente.

RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA – RTVC.

Asunto: Recurso de reposición contra la Resolución 108-2016 expedida por su Despacho, por medio de la cual se declaró desierta la Invitación Cerrada 02-2016.

El suscrito Álvaro Augusto Sandoval Romero, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.269.065 actuando como Representante Legal de las sociedades TV PRENSA S.A. y BANSAT S.A.S, empresas que conformaron la unión temporal denominada BTV TV PRENSA – BANSAT con el propósito de participar en la invitación cerrada No 02 de 2016, dentro de la oportunidad legal presento ante su despacho RECURSO DE REPOSICIÓN contra de la Resolución 108 de 2016 por medio de la cual el Gerente de RTVC declara desierto el proceso de invitación cerrada N° 02 de 2016.

Sustento el recurso en los siguientes hechos:

1. El 26 de Febrero de 2016 por medio de Resolución 081 de 2016 Radio Televisión Nacional de Colombia- RTVC ordenó la apertura de la Invitación Cerrada N° 02 de 2016 con el objeto de contratar el Segmento Satelital banda C necesario para el transporte y la contribución de señales de los contenidos públicos a través del Satélite SES-6.
2. Dicha invitación se produce como consecuencia de la declaratoria de desierta de la Invitación abierta N° 01 de 2016 debido a la ausencia total de proponentes derivada del cambio sustancial a las reglas de participación que la entidad introdujo a través de la ADENDA 01, en la cual adicionó la obligación de Registro para cada miembro de los proponentes plurales, desconociendo así la naturaleza jurídica de dichas asociaciones plurales y cercenando la posibilidad de participación de aquellas empresas como lo fue TV PRENSA S.A. que unieron esfuerzos con otras sociedades para hacer parte de esta invitación.
3. Dentro de la invitación cerrada N° 02 de 2016 RTVC extiende la posibilidad de participación a 10 sociedades, fijando como único parámetro de selección un listado de



fecha 24 de Febrero emitido por el MINTIC respecto de las empresas que a la fecha contaban con registro de proveedor satelital para el satélite SES-6.

4. Las sociedades TV PRENSA S.A. y BANSAT S.A.S han mostrado su interés de participar en el proceso de selección de proveedor de Capacidad Satelital requerido por RTVC, desde la apertura de la Invitación Abierta N° 01 de 2016, reiterando su interés de participación en la Invitación Cerrada N° 02 de 2016.
5. RTVC ha reconocido la importancia en el sector de las telecomunicaciones y en la prestación del servicio a contratar de TV PRENSA S.A. al punto de extenderle invitación a cotizar en la etapa de estudios previos para la fijación del presupuesto en este proceso, por lo que resulta incoherente que RTVC acuda a esta compañía desde la instancia inicial del proceso de la contratación que nos ocupa y posteriormente dentro del transcurso del mismo determine que TV PRENSA S.A no cumple los requerimientos de la entidad; Requerimientos que no se contemplaron en la etapa de estudios previos y que por lo tanto no resultaban determinantes para la contratación, que además se adicionaron con posterioridad sin un soporte jurídico lo suficientemente sólido, que llevo a que se controvirtieran en las diferentes instancias del proceso de contratación, recibiendo respuestas basadas en una interpretación de la normatividad subjetiva que da como resultado el desconocimiento del derecho de participación que le asiste a cualquier empresa privada en los procesos de contratación pública.
6. El día 01 de Marzo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de Aclaración a las Reglas de Participación, dentro de la cual la Subgerente de Soporte Corporativo en el minuto 03:59 de la audiencia manifestó: *"En esta audiencia se responderán las preguntas que no requieran de un mayor análisis o estudio por parte de los estructuradores del proyecto. Las demás serán resueltas dentro de los términos establecidos en el cronograma de actividades del proceso de selección mediante documento de respuestas que será publicado en la página web de la entidad."* Posteriormente y luego del término otorgado para analizar las observaciones realizadas se concedió la palabra a la Ingeniera Liliana Chacón y al Doctor Juan Pablo Estrada como consta en el video de la audiencia y en el acta de audiencia de aclaración de reglas, publicada en el sitio web de RTVC el 4 de marzo en la que se lee en el punto número 5 textualmente: *"RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS. Se concede el uso de la palabra a la Ingeniera Liliana Patricia Chacón y al Doctor Juan Pablo Estrada, quienes dan respuesta a las preguntas presentadas y recibidas por la entidad, manifestando sin embargo que tanto las preguntas formuladas como las respuestas presentadas por la Entidad, se encuentran en el registro fílmico de la presente audiencia y que serán publicadas en la fecha designada para la respuesta de las observaciones."*



Es así que de acuerdo a lo manifestado dentro de la audiencia y posteriormente confirmado en la respectiva acta, se entiende que las observaciones allí realizadas no requirieron análisis adicional por lo que se les dio respuesta de manera inmediata.

7. Dentro de dicha audiencia los representantes de TV PRENSA S.A. y BANSAT S.A.S. realizaron una serie de preguntas encaminadas a la extensión de la invitación a la sociedad TV PRENSA S.A. que para la fecha cumplía a cabalidad con los requisitos para ser invitado y prestar el servicio requerido, al punto de proponer la renuncia de BANSAT S.A.S a la invitación a fin de ceder su lugar a su empresa matriz TV PRENSA S.A. todo lo cual quedó consignado en el video de dicha audiencia que hace parte integral del proceso de la Invitación Cerrada N° 02 de 2016 y en el cual es indudable tal y como se detalló a través de derecho de petición radicado a la entidad con fecha 08 de marzo de 2016, que la entidad acepto la participación de TV PRENSA S.A. al considerar como único impedimento el Registro el cual se aportó en el término previsto (antes del cierre), resaltándose además el error de la entidad que faltó a su obligación de dar respuesta a la totalidad de las observaciones planteadas durante el proceso y más exactamente al omitir pronunciamiento respecto a la posibilidad planteada de la renuncia de BANSAT S.A.S a la invitación para así habilitar a TV PRENSA S.A.
8. El día 09 de marzo de 2016 dentro de la audiencia de presentación de propuestas, luego del análisis de lo manifestado por el doctor Juan Pablo Estrada en la audiencia de observaciones a las reglas de participación en el minuto 20:18 *"si ese registro que usted me envía demuestra que hay una variación, **pues se ampliará y obviamente entra ese dentro de los posibles socios**, no solo de ustedes, telefónica también puede buscar otros....."*. Renglón seguido manifestó: *"si el listado varia **de aquí al cierre cualquiera** que quede incluido en ese listado **automáticamente queda habilitado** para participar individualmente si cumple las exigencias, o para ser apto para celebrar figuras asociativas con otros proponentes"*¹, y posteriormente en el minuto 21:19 *"Lo está leyendo usted en el entendido de cómo estaba la regla. Es probable que si vemos el cambio, le digamos: puede ser cualquiera de estos 11, si hubiera un once. de acuerdo?, lo importante es que esté habilitado"*, y ante la renuencia de la entidad a dar una respuesta clara a las observaciones realizadas por los proponentes aunado al interés de participación reiteradamente demostrado, las sociedades TV PRENSA S.A. y BANSAT S.A.S presentaron propuesta como proponente plural bajo la figura de Unión Temporal BTV TV PRENSA-BANSAT, con el lleno de los requisitos exigidos por la entidad para participar.
9. El día 14 de marzo de 2016 RTVC emitió la resolución 108 de 2016 por medio de la cual declaró desierta la Invitación y puntualmente rechaza la propuesta de la Unión Temporal BTV BANSAT-TV PRENSA al considerar que TV PRENSA S.A. no hacía parte del grupo de invitados relacionados en las reglas de participación, desconociendo así todo lo

¹ Negrita fuera del texto.

establecido en la audiencia de aclaración que quedó deslegitimada por completo con el posterior escrito de respuesta a observaciones, en el que la entidad de manera arbitraria modifica las respuestas dadas en audiencia desvirtuando lo ya dicho por su representante el doctor Juan Pablo Estrada.

ANÁLISIS DEL RECURSO

RTVC en principio estaría sometida al **Estatuto General de Contratación de la Administración Pública** por su carácter de entidad pública dada su constitución y conformación por vía legal, no obstante, dadas las características de su objeto MISIONAL **está excluida de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007)**, pues las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, cuyos contratos, necesarios para el desarrollo de su objeto social, se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables al derecho privado.

En concordancia con dichos principios el Manual de Contratación de RTVC dice: *“Las contrataciones que adelante RTVC en desarrollo y cumplimiento de las actividades comerciales que comporten el desarrollo de su objeto social, las cuales, en adelante y para efectos de este Manual se denominaran “Contratación Misional”, esto es, todas aquellas relacionadas con su objeto social y directamente con la adquisición de bienes y servicios para el suministro, operación, mantenimiento y soporte de la red, equipos y demás elementos necesarios para tal fin, así como la adquisición de bienes y servicios para la producción, incluida pre y post producción, coproducción, programación, transmisión y emisión de la radio y televisión. Igualmente la adquisición de bienes y servicios necesarios para la comercialización de espacios de televisión, se regirán por las normas del derecho privado”.*

La actividad misional con el derecho privado como postulado de formación de sus contratos tiene una razón de ser, pues las entidades públicas del orden industrial y comercial mantienen una sinergia comercial distinta a las características de aquellas que se deben someterse en su integridad a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, dado que atienden un ejercicio funcional que debe ser acorde con los planteamientos de la velocidad y eficiencia en la búsqueda de sus objetivos empresariales o funcionales. Lo anterior no quiere decir que exista una absoluta libertad en la toma de decisiones, o que las mismas se sometan al arbitrio de un solo funcionario, razón por la cual en dichas entidades se formula un Manual de Contratación, que básicamente genera conciencia de transparencia en la formación de sus contratos, respetando la esencia de la Constitución Nacional, es por ello que dentro de la contratación de RTVC se enuncian los postulados de Buena fe; planeación, igualdad, moralidad, selección objetiva; transparencia; economía; eficiencia; responsabilidad; celeridad; imparcialidad; valoración de costos ambientales,



etc, pero en especial hace referencia a dos conceptos: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD y SANEAMIENTO.

Autonomía de la voluntad: RTVC podrá escoger el tipo de contrato a celebrar, así como su alcance y contenido, de conformidad con la Constitución, la ley aplicable, el orden público, el interés general y el presente Manual de Contratación.

Saneamiento: En garantía de los principios aquí enunciados, RTVC podrá emplear los medios legales a su alcance para sanear los diferentes procesos de contratación y la legalización y ejecución de los contratos que celebre. Así las cosas, en los procesos de selección y en los contratos que celebre RTVC primará lo sustancial sobre lo formal, de manera que la ausencia de los requisitos o la falta de los documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan factores de escogencia establecidos en las reglas de participación o sus equivalentes, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, salvo que exista renuencia por parte del proponente frente al suministro de información o documentación de esta naturaleza que la Entidad haya considerado necesario conocer.

Con ocasión de este principio, RTVC en los procesos de selección podrá requerir a los proponentes hasta antes de la adjudicación para la presentación de aclaraciones y/o documentos que sean necesarios para la verificación de las ofertas. **Así mismo los proponentes podrán subsanar todos los requisitos habilitantes que no sean necesarios para la comparación de ofertas**, cuando ello no implique mejoramiento, adición o modificación de la oferta, hasta la adjudicación, sin perjuicio de lo que se establezca en cuanto a plazos para dicha subsanación en las reglas de participación. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Fue bajo estas consideraciones esenciales en donde el representante de RTVC Doctor Juan Pablo Estrada, en la Audiencia de aclaración a las reglas de participación, ante la pregunta del suscrito en el sentido de que TV PRENSA S.A a la fecha de la audiencia se encontraba con el registro en trámite ante el MINTIC como proveedor de Segmento Satelital por medio del satélite SES-6 mismo registro que tendría para el momento de presentar la propuesta, mencionó:

“ .. si ese listado varía de aquí al cierre, cualquiera que quede incluido en ese listado automáticamente queda habilitado para participar individualmente, si cumple con las exigencias o para ser apto para celebrar figuras asociativas..”.²

Quedó TV PRNESA S.A. oportunamente inscrita en el Registro de MINTIC y ahora se nos niega la capacidad para participar en Unión Temporal con una empresa que sí estuvo invitada como es BANSAT S.A.S y cuya empresa matriz es TV PRENSA S.A.

Al respecto la Resolución 108-2016, que declaró desierta la Invitación Cerrada 02-2016, mencionó:

² Documento electrónico de grabación de la audiencia – <http://content.jwplatform.com/players/4e7zm9NT-pRH2dab9.html>.)

“No se aceptará la conformación de Consorcios o Uniones Temporales, entre empresas que no se encuentren en la lista de invitados generadas, de acuerdo con la comunicación con número de registro 898014 del 24 de febrero de 2016 emitida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones”.

En tal sentido, se consideró pues que TV PRENSA S.A. en su momento no hacía parte del grupo de eventuales proponentes invitados para participar dentro del proceso, pues no contaba con el registro que lo habilitaba como proveedor de capacidad satelital.

Nos preguntamos entonces si la manifestación categórica del señor abogado Juan Pablo Estrada en el sentido de que sería automática nuestra capacidad de asociación y participación en la invitación si contábamos con el respectivo registro en MINTIC para el día del cierre, no tuvo efecto vinculante.

Ahora bien, con relación a la motivación de la resolución objeto de recurso, yerra la entidad en cuanto no esgrime una argumentación motivada que sustente su decisión en pro de la aplicación de los principios de selección objetiva y pluralidad que rigen la contratación pública, desconociendo además su propio criterio como quedo demostrado con la transcripción de lo dicho en la audiencia de aclaración a las reglas de participación.

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

“El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas”³ es así que RTVC al declarar Desierta de la invitación desconoce abiertamente el principio de selección objetiva pues otorga primacía a una aparente formalidad subsanable como lo fue el Registro de proveedor de capacidad satelital de TV PRENSA S.A. que se allegó el 04 de marzo de 2016, que a la escogencia de la mejor oferta para la entidad, desconociendo entre otras cosas que:

- a. TV PRENSA S.A. individualmente o en figura asociativa con Bansat, cumple a cabalidad con todos los requisitos sustanciales para ofertar y prestar el servicio requerido por RTVC.
- b. Los documentos que reposan en la entidad, entregados con la oferta a la Invitación Cerrada 02/2016 demuestran que:
 - El proponente cumple con todos los requisitos jurídicos.

³ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034-00

- El proponente cumple con los indicadores financieros exigidos.
- El proponente cuenta con la experiencia certificada, solicitada en la invitación.
- El proponente cumple con todos los requisitos técnicos.
- El proponente (los dos miembros de la UT) están (y estaban a la fecha del cierre de la invitación) registrados ante el Mintic como proveedores de capacidad satelital en el satélite SES 6.
- El proponente cuenta con los acuerdos necesarios con el operador satelital.
- El proponente demostró su idoneidad para prestar el servicio requerido y garantizar su continuidad.
- El proponente ofertó un precio inferior al presupuesto asignado.
- Fue y es, el ÚNICO PROPONENTE.

Es así que resulta inaceptable que la entidad emita un acto administrativo contrario a los fines del Estado y a los principios de la contratación pública, sesgando un proceso de selección por una mera formalidad que fue subsanada, más aun tratándose del único proponente cuya propuesta favorece a la entidad al encontrarse ajustada al presupuesto y al cumplimiento de los requisitos exigidos para garantizar la prestación de un servicio óptimo, por lo que no se compadece el argumento expresado para rechazar la oferta presentada en tiempo y modo correcto, con lo expresado en el Manual de Contratación de RTVC en apartes como:

“Economía: RTVC optimizará la utilización de los recursos presupuestales y administrativos a su cargo debiendo para el efecto hacer uso de los procesos y procedimientos estrictamente necesarios para la satisfacción y cumplimiento de sus objetivos, utilizando las herramientas necesarias para reducir sus costos de transacción y empleando los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

“.....los funcionarios de RTVC deberán analizar las alternativas disponibles y escoger la opción más beneficiosa para la Entidad respecto de su costo.”⁴

Respecto a la libre concurrencia: Los funcionarios de RTVC actuarán buscando promover y garantizar la libre competencia de todos los interesados, oferentes y contratistas, con el objeto de evitar las prácticas restrictivas o limitativas de la competencia.

“ En los procesos de selección y en los contratos que celebre RTVC primará lo sustancial sobre lo formal, de manera que la ausencia de los requisitos o la falta de los documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan factores de escogencia establecidos en las reglas de participación o sus equivalentes, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, salvo que exista renuencia por parte del

⁴ Manual de contratación RTVC. Pag. 9.

proponente frente al suministro de información o documentación de esta naturaleza que la Entidad haya considerado necesario conocer.

...los proponentes podrán subsanar todos los requisitos habilitantes que no sean necesarios para la comparación de ofertas.

...Tratándose de la contratación Administrativa y de Funcionamiento de RTVC, en lo que hace referencia del saneamiento del proceso y subsanabilidad de las ofertas, se dará aplicación a las normas pertinentes de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993 y demás normas reglamentarias y complementarias vigentes.”⁵

Conceptos reiterados en el Manual de contratación, en la jurisprudencia y en general en el desarrollo normativo que rige la contratación pública, como pluralidad, eficacia, economía, son totalmente excluidos en el argumento utilizado para rechazar la única oferta íntegra recibida por la institución, que contra derecho prioriza lo formal sobre lo sustancial.

CONSIDERACIONES FINALES

Vistas las consideraciones de la resolución 108-2016, es importante observar que si bien, RTVC en la audiencia de aclaraciones conocía que el factor determinante para la contratación era precisamente el estar dentro de la lista de proveedores satelitales, y así lo hizo saber a los proponentes. En ese sentido, consideramos que debe existir una reconsideración de las motivaciones de RTVC para la declaratoria de desierto de la invitación bajo los siguientes argumentos:

1. Los proponentes que yo represento contamos con todas las condiciones técnicas, administrativas y jurídicas que nos habilitan para participar dentro del proceso como proveedores de servicio que requiere la RTVC mediante la Invitación cerrada IC 02-2016.
2. La inclusión de TV PRENSA S.A. dentro de los proveedores de servicios satelitales a través del satélite SES-6 está plenamente autorizada por el Mintic por medio de la resolución 390 de 2016.
3. La generación de la lista de invitados a la presentación de las ofertas es un requisito plenamente subsanable, donde en nada se afectan, ni derechos de terceros ni se viola principio alguno de transparencia o legalidad. Todo lo contrario, es plenamente habilitante y subsanable, tal como lo expresó el delegado de RTVC cuando informó que la importancia y esencia de la decisión estaría ligada a que antes de la escogencia estuvieran en la lista del Mintic, condición que los habilitaría “automáticamente”.

En conclusión, consideramos que el sustento jurídico de la declaratoria de desierto de la invitación cerrada IC 02-2016, es inocuo, pues los proponentes cumplimos a cabalidad los requisitos técnicos y jurídicos esenciales que soportan la prestación del servicio, bajo condiciones de profesionalismo, celeridad y eficiencia, y en especial con el lleno de los requisitos que reclama

⁵ Manual de contratación RTVC. Pag. 10.



RTVC, quien contrata bajo los postulados del derecho privado, donde priman condicionamientos jurídicos de más alto valor que un requisito plenamente subsanable, vulnerando abiertamente los principios de selección objetiva, pluralidad, transparencia, legalidad entre otros a los que deben acogerse las contrataciones del estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundo el recurso en lo preceptuado en la Constitución Política de Colombia, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, en la jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Exp. AP 116402, Radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034-00, Manual de contratación de RTVC y demás normatividad concordante y aplicable.

PRUEBAS Y ANEXOS

1. Copia de Resolución 390 de 2016 emitida por el MINTIC.
2. Copia de radicado de Resolución 390 de 2016 a RTVC.
3. Copia de Derecho de petición de radicado 20162120013851 del 09 de marzo de 2016.

RENUNCIA A TERMINOS

Renunciamos a términos en consideración a su amable respuesta, todo ello bajo la óptica de la importancia y eficiencia en la prestación del servicio que se requiere contratar.

Atentamente,



ALVARO AUGUSTO SANDOVAL
CC N° 19.269.065
Calle 57 N 27-68
Teléfono: 3072240 – 312 342 77 03