**NULIDAD SIMPLE – Controversia de actos precontractuales – Apertura del proceso de selección**

La CNTV celebró varios contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción. Ahí, los concesionarios asumieron las obligaciones de reportar mensualmente el número de usuarios y de pagar una compensación. 4.2. El 21 de junio de 2011, con acto legislativo nro. 2, se modificó el artículo 77 de la Constitución Política (…) 4.3. El 22 de noviembre de 2011, a través del acto acusado, la CNTV dio apertura a un proceso de selección para escoger a un contratista que adelantara una auditoría en aspectos contables y financieros a los concesionarios del servicio público de televisión por suscripción y así verificar si los concesionarios diligenciaron sus autoliquidaciones con los ingresos realmente obtenidos. 4.4. La CNTV no tuvo en cuenta en el acto de apertura, en los estudios previos ni en el pliego de condiciones que antes del 31 diciembre de 2011 estaría relevada de las funciones que pretende cumplir con el contrato de auditoría. En el proceso de selección tampoco puso de presente que la CNTV se liquidaría ni indicó que entidad la sustituiría. En esa medida, la demandada no debió abrir un proceso de selección para suscribir un contrato que ella no ejecutaría.

**NULIDAD SIMPLE – Procedencia de la acción**

Como en el presente asunto funge como parte la Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión, su conocimiento corresponde a esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente, toda vez que el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo le asigna el conocimiento en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional. (…) En el presente asunto se pretende la nulidad de un acto administrativo proferido en el curso de un proceso de selección de un contratista adelantado por la Comisión Nacional de Televisión. (…) podría sostenerse que la acción promovida por la demandante es la idónea para cuestionar la legalidad del acto, pues fue expedido con anterioridad a la suscripción del contrato y asimismo demandado sin que se suscribiera el respectivo contrato, sin embargo, ello no es suficiente.

**CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES – Actos definitivos – Actos preparatorios**

El control de legalidad de los actos previos en materia contractual comparte varias características con el juicio que se adelanta frente a la generalidad de los actos administrativos, principalmente, y en lo que aquí interesa, que la decisión atacada sea enjuiciable, cosa que no ocurre en el sub lite, la resolución demandada escapa al control judicial por ser de mero trámite. La Sala recuerda que no todas las decisiones proferidas antes de la celebración del contrato son pasibles de ser cuestionadas ante esta jurisdicción (…) los actos administrativos precontractuales pueden ser preparatorios o definitivos, según los aspectos que desarrollen en el curso del procedimiento de selección del contratista. Asimismo, en tales disposiciones está dada, en términos generales, la posibilidad de enjuiciar uno u otro. (…) el control de legalidad procede, de un lado, respecto de los actos definitivos que finalizan la actuación administrativa porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y, de otro, sobre los actos de trámite que pongan fin a la actuación porque impiden continuarla. (…) los actos preparatorios (…) por cuanto no contienen decisiones definitivas, son de apoyo o de impulso para adelantar las etapas propias de todo trámite.

**FALLO INHIBITORIO – Control judicial de los actos administrativos en materia contractual – Acto apertura carece de control judicial por ser de mero trámite – Control judicial recae sobre los actos definitivos**

en materia de actos previos al contrato estatal se identifican como actos de carácter definitivo y por lo tanto, susceptibles de control jurisdiccional: el de adjudicación del contrato –parágrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993–, el que declara desierta la licitación pública, el que hace efectiva la póliza constituida para garantizar la seriedad de la oferta –numeral 12 del artículo 30 ejusdem–, el que adopta el pliego de condiciones, entre otros. Estos actos comparten la característica de ser definitivos porque contienen un pronunciamiento que decide directa o indirectamente la selección del contratista. (…) la gran mayoría de actos expedidos en etapa de selección son preparatorios, solo se ocupan en dar impulso al procedimiento precontractual, no ponen fin a la actuación, ni definen de fondo algún aspecto. (…) Estos actos no son demandables, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera decisión definitiva. (…) el acto de apertura del procedimiento de selección de un contratista es un acto preparatorio por antonomasia, por cuanto su objeto es precisamente iniciar el trámite, oportunidad en la que las más de las veces no se define ningún aspecto definitivo sobre la escogencia del eventual contratista. (…) cuando la decisión de apertura impone alguna regla de selección, de calificación o bien incorpore algún criterio que impacte la escogencia del contratista se desdibujan sus características distintivas de acto de trámite para tornarse en definitivo. (…) la Sala advierte que la resolución demandada en el sub lite carece de control judicial, de su simple lectura se concluye que no decidió con carácter definitivo algún aspecto en relación con la escogencia del eventual contratista. Ese acto solo inició el procedimiento de selección. (…) si se detecta una anomalía en el acto de apertura ello podría afectar la validez del acto definitivo del proceso de selección por expedición en forma irregular, pero de ninguna manera abre la posibilidad de controlar los actos preparatorios.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00004-00(42747)**

**Actor: YENNY RONCANCIO SOTO**

**Demandado:** **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD**

Temas: Actos precontractuales pasibles de control judicial. Por excelencia el acto de apertura de proceso de selección de un contratista es de trámite y por ello carece de control judicial.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a decidir en única instancia la demanda promovida por Yenny Roncancio Soto en contra de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), hoy Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), con ocasión de la expedición de la resolución nro. 2011-380-001442-4 del 22 de noviembre de 2011, por la cual “*se ordena la apertura del proceso de selección de contratista por concurso de méritos abierto con propuesta técnica simplificada nro. CNTV-CM-002-2011*”.

# ANTECEDENTES

**1. El acto administrativo demandado**

1. El texto integral de la resolución acusada es el siguiente tenor (fl. 14-19, c. ppal.):

Que la Comisión Nacional de Televisión tiene como objeto ejercer, en representación del Estado, la titularidad del servicio público de televisión, dirigir la política televisiva y regular el servicio de televisión, según lo prescribe el artículo 4° de la Ley 182 de 1995.

Que el literal a) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 señala que la Comisión Nacional de Televisión es el organismo encargado de dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión determinada en la ley y velar por su cumplimiento, para lo cual está facultada para realizar los actos que considere necesarios preservando el espíritu de la Ley.

Que el literal b) del artículo 5° de la Ley 182 de 1995 prevé que corresponde a la Comisión Nacional de Televisión adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos e imponer las sanciones a que haya lugar;.

Que en desarrollo de las citadas competencias legales, la Junta Directiva de la CNTV en Determinación No. 4 contenida en el Acta No. 1753 del 30 de agosto de 2011, aprobó el estudio previo del proyecto de auditoría a los operadores de televisión por suscripción presentado por la Subdirección Administrativa y Financiera con Memorando 2011310093793 del 22 de agosto de 2011, y en consecuencia, solicitó adelantar las actuaciones administrativas y legales para la contratación de una auditoría integral contable y financiera a los concesionarios del servicio público de televisión por suscripción, que permita verificar si las autoliquidaciones presentadas a la CNTV se ajustan a los ingresos reales obtenidos por los operadores, de acuerdo con el número de usuarios reportados, los términos de los contratos suscritos y las normas que regulan el servicio.

Que mediante Acta No. 1768 del 1° de noviembre de 2011 se dio alcance a la Determinación No. 4 del Acta de Junta Directiva 1753 del 30 de agosto de 2011, en el sentido de delegar en el señor Director la competencia contractual y autorizarlo para realizar los trámites administrativos, presupuestales y contractuales correspondientes, para la contratación señalada en el inciso anterior.

Que revisados los estudios previos elaborados y actualizados por la Subdirección Administrativa con Memorando 20113120119753 del 25 de octubre de 2011, el valor estimado de la contratación requerida es de mil quinientos setenta millones trescientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho pesos ($ 1.570.383.938,00), incluido IVA y todos los impuestos que en efecto se causen.

Que en el presupuesto de gastos de inversión de la Comisión Nacional de Televisión, para la vigencia fiscal de 2010, existe disponibilidad presupuestal para sufragar el valor de la contratación requerida, para la vigencia fiscal de 2011 y 2012 según consta en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 490 del 8 de noviembre de 2011 expedido por la Subdirección Administrativa y Financiera y por el Certificado de Autorización de Compromiso de Vigencia Futura No. 057 del 8 de noviembre de 2011 expedido por el Director de la CNTV.

Que de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar y su cuantía, procede el uso de la modalidad de Concurso de Méritos Abierto.

Que en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, la Comisión publicó en la página Web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), el Aviso de Convocatoria Pública, los Estudios Previos y el Proyecto de Pliego de Condiciones relativos a esta contratación a partir del 8 de noviembre de 2011.

Que presentaron observaciones de manera oportuna, con respecto al proyecto de pliego de condiciones publicado, las siguientes firmas Consultores Especializados (Luis Fernando Bautista, Gerente Comercial); Consorcio Vega y Asociados (Juan Pablo Vega, Representante Legal); Auditores 2000 (Fredy Rodríguez, Departamento Comercial); B & C Ltda. (Adriana Amado, Departamento Comercial); Olga Raquel Pardo Ramos; Ruby Romero; Juan David Álvarez, Business Bureau (Carolina Peña, Directora Regional); CMV Auditores y Consultores (Giovanni Mauricio Vargas Uribe, Gerente General); BDO Audit S.A. (Luis Fernando Reyes, Representante Legal Suplente); Gerardo Quevedo Y DIRECTV Colombia.

Que en cumplimiento de lo previsto en el Numeral 3 del Artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 la Comisión Nacional de Televisión, publicó en la página Web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), las observaciones y sugerencias presentadas por las firmas mencionadas, en relación con el proyecto de pliego de condiciones, y las correspondientes apreciaciones de la entidad sobre dichas observaciones, incorporando al pliego de condiciones definitivo aquellas que la entidad consideró pertinentes.

Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, mediante el presente acto se convoca a las veedurías ciudadanas para que ejerzan control social sobre el presente proceso y para que intervengan y desarrollen su actividad durante la etapa precontractual, contractual y postcontractual, para cual podrán consultar su desarrollo en la página Web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

En mérito de lo anterior,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Ordenar la Apertura del proceso de selección de contratista por Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada No. CNW-CM-002-2011, con el objeto de contratar una auditoría integral contable y financiera, a los concesionarios del servicio público de televisión por suscripción que permita verificar si las autoliquidaciones presentadas a la CNTV se ajustan a los ingresos reales obtenidos por los operadores, de acuerdo con el número de usuarios reportados, los términos de los contratos suscritos y las normas que regulan el servicio, y de conformidad con los términos y condiciones previstos en el respectivo pliego de condiciones, hasta por la suma de mil quinientos setenta millones trescientos ochenta y tres mil novecientos treinta y ocho pesos m/cte ($1.570.383.938,00), incluido IVA y todos los impuestos que en efecto se causen.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Establecer el siguiente cronograma para el trámite del Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada No. CNTV-CM-002-2011:

|  |  |
| --- | --- |
| **Actividad** | **Término (año 2011)** |
| **Desde** | **Hasta** |
| Publicación de aviso de convocatoria pública | 8 de noviembre |
| Publicación de los estudios y documentos previos y proyecto de pliego de condiciones | 8 de noviembre | 16 de noviembre |
| Plazo máximo para presentar observaciones sobre el proyecto de condiciones por parte de los particulares interesados | 8 de noviembre | 16 de noviembre |
| Expedición y publicación del acto administrativo que ordena la apertura del concurso de méritos, publicación del pliego de condiciones definitivo y publicación de respuestas a observaciones sobre el proyecto de pliego | 22 de noviembre |
| Inicio del plazo para presentación de ofertas | 22 de noviembre |
| Plazo máximo para presentar solicitud escruta de aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones  | 22 de noviembre | 24 de noviembre |
| Plazo máximo para publicar respuestas a solicitudes escritas de aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones | 28 de noviembre |
| Cierre del proceso de selección, plazo máximo para presentación de ofertas | 5 de diciembre (4 p.m.) |
| Evaluación preliminar de ofertas | 6 de diciembre | 12 de diciembre |
| Publicación de informe de evaluación preliminar de ofertas | 12 de diciembre |
| Traslado de informe de evaluación preliminar (plazo para presentar observaciones y objeciones sobre el informe de evaluación preliminar de ofertas) | 13 de diciembre | 15 de diciembre |
| Plazo para contra observaciones por parte de los proponentes objetados | 15 de diciembre | 16 de diciembre |
| Audiencia de apertura de sobre económico | 21 de diciembre (10 a.m.) |
| Adjudicación | 21 de diciembre (10 a.m.) |
| Firma del contrato | Dos días hábiles siguientes a la citación escrita realizada por la Comisión |

PARÁGRAFO: El cronograma del Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada No. CNTV-CM-002-2011, podrá ser modificado mediante Adendas al Pliego de Condiciones.

ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar la publicación de la presente Resolución y del Pliego de Condiciones en el Portal Único de Contratación.

ARTÍCULO CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 12 y el artículo 58 del Decreto 2474 de 2008, el comité que evaluará las propuestas, estará integrado por los siguientes funcionarios:

a) El Subdirector de Asuntos Legales verificará los requisitos habilitantes de contenido jurídico.

b) El Subdirector Administrativo y Financiero verificará los requisitos habilitantes de contenido financiero.

c) El Subdirector Técnico y de Operaciones verificará los requisitos habilitantes de contenido técnico y realizará la calificación de la propuesta técnica.

Con base en el resultado de la calificación técnica de la propuesta, el Comité revisará la consistencia de la oferta económica del proponente que resulte en el primer lugar en el orden de calificación (o segundo o siguientes de ser el caso), y recomendará al Ordenador del gasto la adjudicación o declaratoria de desierta del proceso según considere.

ARTÍCULO QUINTO.- Convocar a las veedurías ciudadanas para que ejerzan el control social sobre este proceso de selección de contratista.

ARTÍCULO SEXTO.- El Pliego de Condiciones y los demás documentos relacionados con este proceso de selección, podrán consultarse en la página Web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), o en las instalaciones de la Comisión Nacional de Televisión ubicadas en la Calle 72 No. 12-77 Piso 4, Subdirección de Asuntos Legales, en el horario de 8:30 a. m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

**2. La demanda**

1. El 19 de diciembre de 2011 (fl. 1, c. ppal.), Yenny Roncancio Soto, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda (fl. 2-13, c. ppal.) en contra de la Comisión Nacional de Televisión con ocasión de la expedición de la resolución nro. 2011-380-001442-4 del 22 de noviembre de 2011, por la cual “*se ordena la apertura del proceso de selección de contratista por concurso de méritos abierto con propuesta técnica simplificada nro. CNTV-CM-002-2011*”.

**2.1. Las pretensiones**

1. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones (fl. 11-12, c. ppal.):

1. Que se declare la nulidad de la resolución nro. 2011-380-001442-4 expedido (sic) por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) del 22 de noviembre de 2011, por medio del cual se modifica la tarifa de compensación del servicio de televisión por suscripción y se dictan otras disposiciones (sic).

2. Que como consecuencia de la declaración de nulidad resolución nro. 2011-380-001442-4 expedida por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) del 22 de noviembre de 2011, se declare la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos subsiguientes y expedidos con sustento en los artículos del acto administrativo declarado nulo, por desaparecer los fundamentos de derecho.

3. Una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción de nulidad se le informe a la entidad que expidió el acto para los efectos legales pertinentes.

**2.2. Los hechos**

1. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fl. 2-5, c. ppal.):
	1. En 1999, la CNTV celebró varios contratos de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción. Ahí, los concesionarios asumieron las obligaciones de reportar mensualmente el número de usuarios y de pagar una compensación.
	2. El 21 de junio de 2011, con acto legislativo nro. 2, se modificó el artículo 77 de la Constitución Política y se dispuso que “e*l Congreso de la República expedirá la ley que fijará la política en materia de televisión*”. Además, se indicó que “*dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión*”.
	3. El 22 de noviembre de 2011, a través del acto acusado, la CNTV dio apertura a un proceso de selección para escoger a un contratista que adelantara una auditoría en aspectos contables y financieros a los concesionarios del servicio público de televisión por suscripción y así verificar si los concesionarios diligenciaron sus autoliquidaciones con los ingresos realmente obtenidos.
	4. La CNTV no tuvo en cuenta en el acto de apertura, en los estudios previos ni en el pliego de condiciones que antes del 31 diciembre de 2011 estaría relevada de las funciones que pretende cumplir con el contrato de auditoría. En el proceso de selección tampoco puso de presente que la CNTV se liquidaría ni indicó que entidad la sustituiría. En esa medida, la demandada no debió abrir un proceso de selección para suscribir un contrato que ella no ejecutaría.

**2.3. Los fundamentos de derecho y el concepto de la violación**

1. La actora indicó que la demandada desconoció los artículos 209 de la Constitución Política; 3 del Acto Legislativo nro. 2 de 2011; 23, 26 (numeral 1) y 30 (numeral 1) de la Ley 80 de 1993, 2 de la Ley 87 de 1993 y 6 de la Ley 489 de 1998 (fl. 5-11, c. ppal.).
	1. Lo anterior, porque la demandada adoptó el acto acusado con infracción en las normas en que debía fundarse. En efecto, la CNTV desconoció los artículos 209 de la Constitución Política, 23 de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Ley 489 de 1998 que prevén, entre otros, los principios de coordinación, igualdad, eficacia, celeridad, economía e imparcialidad, así:
		1. El principio de coordinación debió ser respetado por la CNTV “*como institución, no desconociendo sus propias necesidades, obligaciones y deberes cronológicos, ya que existen temas de mayor relevancia, y presentados con antelación, como lo serían el valor de las prórrogas y las expansiones, este actuar denota una desorganización interna, y una falta de coordinación entre los mismo (sic) funcionarios de la entidad, generando así, con el gasto excesivo de dineros, un detrimento al patrimonio de la misma entidad, y por ende del Estado mismo*” (fl. 11, c. ppal.).
		2. El principio de igualdad se desconoció cuando se dispuso que la auditoría solo se haría respecto de los cableoperadores por suscripción sin mención de los cableoperadores comunitarios, quienes prestan el mismo servicio y rinden iguales cuentas a la CNTV.
		3. El principio de eficacia se desconoció cuando se pasó por alto que la CNTV iba a ser liquidada y por ello no tendría como respaldar la ejecución contractual con el auditor que buscaba contratar.
		4. El principio de economía se desconoció cuando no se previó qué ocurriría con el contrato una vez fuera liquidada la CNTV, lo que a todas luces es un desgaste presupuestal.
	2. Asimismo, la CNTV expidió la decisión acusada con infracción del artículo 3 del Acto Legislativo nro. 2 de 2011, dado que no tiene en cuenta “*el tiempo que le queda para ejecutar dicho acto donde se pretende contratar dicha auditoria, presentándose así incongruencias al momento de contratarla, ya que en el pliego de condiciones la Comisión Nacional de Televisión no aclara en ningún momento que va a pasar al momento de su liquidación, no aclaran que para diciembre de 2011, tendrán que ceder dicho contrato a manos de otra entidad, generando así una inseguridad contractual y una falta de transparencia a la hora de manifestarle al contratista que futuro contractual le espera*” (fl. 11, c. ppal.).
	3. La CNTV infringió el literal k del artículo 5 de la Ley 182 de 1995 que le permitía ejecutar los actos necesarios para el cumplimiento de su objeto, pero “*donde se habla de ‘los actos que sean necesarios’, podríamos indagar entonces sobre si dicha auditoría es necesaria, o simplemente es la necesidad sin premeditación de generar gastos a la entidad de televisión, dado que existen realmente estudios necesarios, al día de hoy como son las concesiones, valor de prorrogas, expansiones, etc.*” (fl. 7, c. ppal.).

* 1. La CNTV infringió el numeral 1 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que la obligaba a proteger los derechos del contratista. En contraste, en ningún momento advirtió a los participantes del proceso de selección que la CNTV sería liquidada y por ello los expuso “*a una ambivalencia de contratos, o a una inseguridad contractual*” (fl. 8, c. ppal.), pues no les podía garantizar la continuidad del contrato.
	2. La CNTV infringió el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dado que se desconoce si, antes de dar apertura al proceso de selección, llevó a cabo los estudios de conveniencia y oportunidad.

**3. La contestación de la demanda**

1. El 13 de mayo de 2014, dentro del término legal, la Autoridad Nacional de Televisión (fl. 34-57, c. ppal.) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros. Aclaró que, por motivo del proceso de selección iniciado con el acto acusado, la CNTV celebró el contrato nro. 102 del 28 de diciembre de 2011, con acta de inicio del 30 de diciembre siguiente.
	1. Precisó que el acto enjuiciado fue expedido por la CNTV en el marco de las competencias que podía ejercer hasta el 10 de abril de 2012 cuando, por mandato del artículo 20 de la Ley 1507 de 2012, entró en proceso de liquidación. En efecto, el acto legislativo nro. 2 de 2011 estableció que mientras se expidiera la nueva regulación del servicio de televisión, la CNTV continuaría en ejercicio de sus funciones. Una de ellas era desarrollar la inspección, vigilancia, seguimiento y control del servicio público de televisión, lo que a todas luces incluye el deber de verificar el pago de la contraprestación por parte de los concesionarios.
	2. Además, el artículo 21 de la Ley 1507 de 2012 previó que la ANTV sustituiría a la CNTV en los contratos, por lo que no podría sostenerse que hubo vacío alguno que afectara la ejecución del contrato.

**4. Los alegatos de conclusión**

1. La Autoridad Nacional de Televisión (fl. 70-86, c. ppal.) insistió en la legalidad del acto enjuiciado, por lo que solicitó negar las pretensiones. Además, precisó que el plazo de ejecución del contrato nro. 102 de 2011 iba hasta el 29 de abril de 2012, pero con otrosí nro. 1 del 28 de marzo de 2012, se amplió por cinco meses el plazo de ejecución. Asimismo, indicó que el contrato fue liquidado de común acuerdo el 4 de febrero de 2013.
2. El agente del Ministerio Público (fl. 90-96, c. ppal.) solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Para ello, advirtió que la actora no desarrolló en debida forma el concepto de violación, puesto que se limitó a transcribir unas disposiciones.
	1. En todo caso, si se entiende que el reparo de la actora giraba en torno a que la CNTV inició un proceso de contratación sin la certeza de poder terminarlo por su inminente liquidación, lo cierto es que tal circunstancia no le impedía ejercer sus competencias, por cuanto el acto legislativo nro. 2 de 2011 previó que dicha autoridad podría seguir ejerciéndolas hasta que se expidiera la nueva regulación sobre la materia. En todo caso, ahí no se estableció que la CNTV desaparecería en seis meses, por lo que ningún criterio de planeación fue desconocido por abrir un proceso de selección.
	2. Tal condición se cumplió con la Ley 1507 de 2012, que asignó a la ANTV las funciones de la CNTV y previó que la nueva autoridad sustituiría a la extinta en los contratos que esta hubiere celebrado. Por ende, nunca hubo “*ninguna brecha de tiempo en la que el contrato de consultoría que la CNTV suscribió en diciembre de 2011 hubiera estado sin supervisión de alguna entidad del Estado*” (fl. 95, c. ppal.)[[1]](#footnote-1).

# CONSIDERACIONES

**1. La jurisdicción y la competencia**

1. Como en el presente asunto funge como parte la Comisión Nacional de Televisión, hoy Autoridad Nacional de Televisión, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo le asigna el conocimiento en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional.

**2. La improcedencia de la acción**

1. En el presente asunto se pretende la nulidad de un acto administrativo proferido en el curso de un proceso de selección de un contratista adelantado por la Comisión Nacional de Televisión.
2. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, permite demandar a través de las acciones de controversias contractuales, nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, los actos proferidos antes de la celebración del contrato.
	1. En principio podría sostenerse que la acción promovida por la demandante es la idónea para cuestionar la legalidad del acto, pues fue expedido con anterioridad a la suscripción del contrato y asimismo demandado sin que se suscribiera el respectivo contrato, sin embargo, ello no es suficiente.
3. El control de legalidad de los actos previos en materia contractual comparte varias características con el juicio que se adelanta frente a la generalidad de los actos administrativos, principalmente, y en lo que aquí interesa, que la decisión atacada sea enjuiciable, cosa que no ocurre en el *sub lite*, la resolución demandada escapa al control judicial por ser de mero trámite. La Sala recuerda que no todas las decisiones proferidas antes de la celebración del contrato son pasibles de ser cuestionadas ante esta jurisdicción[[2]](#footnote-2).
	1. El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 prevé que en las actuaciones contractuales serán aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones administrativas siempre que sean compatibles con su finalidad y los principios que las rigen, por ende, para conocer cuáles decisiones pueden controlarse judicialmente es preciso acudir al Código Contencioso Administrativo.
	2. De esta forma, conforme a las previsiones de los artículos 49 y 50 del C.C.A., los actos administrativos precontractuales pueden ser preparatorios o definitivos, según los aspectos que desarrollen en el curso del procedimiento de selección del contratista. Asimismo, en tales disposiciones está dada, en términos generales, la posibilidad de enjuiciar uno u otro.
	3. En efecto, el control de legalidad procede, de un lado, respecto de los actos definitivos que finalizan la actuación administrativa porque deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y, de otro, sobre los actos de trámite que pongan fin a la actuación porque impiden continuarla.
	4. En contraste, los actos preparatorios, distintos a los antes señalados, escapan del control judicial, por cuanto no contienen decisiones definitivas, son de apoyo o de impulso para adelantar las etapas propias de todo trámite, su finalidad es permitir a la administración llevar el procedimiento a su fin, cual es adoptar el acto decisorio que en principio la motivó a llevar a cabo la actuación[[3]](#footnote-3).
4. Desde esa perspectiva, en materia de actos previos al contrato estatal se identifican como actos de carácter definitivo y por lo tanto, susceptibles de control jurisdiccional: el de adjudicación del contrato –parágrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993–, el que declara desierta la licitación pública, el que hace efectiva la póliza constituida para garantizar la seriedad de la oferta –numeral 12 del artículo 30 *ejusdem*–, el que adopta el pliego de condiciones, entre otros. Estos actos comparten la característica de ser definitivos porque contienen un pronunciamiento que decide directa o indirectamente la selección del contratista.
	1. En contraposición, la gran mayoría de actos expedidos en etapa de selección son preparatorios, solo se ocupan en dar impulso al procedimiento precontractual, no ponen fin a la actuación, ni definen de fondo algún aspecto. Este grupo está principalmente compuesto por comunicaciones y decisiones de la administración que fijan fechas, cronogramas, lugares, medios y en general todos los aspectos que permitan recibir y brindar la información necesaria para escoger a un contratista, así como, por aquellas dictadas para adelantar en orden las etapas previstas para cada tipología de proceso de selección. Estos actos no son demandables, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera decisión definitiva.
5. En anterior oportunidad, la Sala estudió la posibilidad de controlar unos actos que suspendieron los plazos de una licitación pública[[4]](#footnote-4), ahí esquematizó la idea que en esta providencia se desarrolla e indicó algunos criterios para verificar cuando acto precontractual es pasible de control judicial, así[[5]](#footnote-5):

¿Cualquier acto administrativo de naturaleza precontractual, puede ser demandado ante el contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad?

Del texto literal de las disposiciones revisadas [se refiere a los artículos 84 y 87 del C.C.A.], y sin una interpretación sistemática de las mismas, se derivaría una respuesta afirmativa, toda vez que en estas, no se distingue, ni se establece requisito o particularidad alguna de los actos demandables; basta que estos sean administrativos. Sin embargo, esta Sala considera que la respuesta debe ser en sentido contrario, por los argumentos jurídicos que procede a señalar:

1) En la etapa precontractual, la administración pública contratante, puede adoptar distintas decisiones, que sin duda alguna pueden calificarse en un sentido lato como actos administrativos. Los efectos producidos por algunos de ellos, sin embargo, son mediáticos y por consiguiente trascienden a los efectos de otros; estos se denominan: actos administrativos precontractuales “de trámite”.

2) No resulta lógico concebir la procedencia de la acción de nulidad para controvertir la legalidad de los actos administrativos precontractuales de trámite, toda vez, que si se llegara a producir una decisión al respecto, esta sería inocua a menos que se hubiera controvertido también la legalidad de un acto administrativo precontractual de carácter definitivo, como por ejemplo el acto de adjudicación.

3) Por lo anterior, es viable demandar a través de la acción de nulidad, actos administrativos precontractuales de trámite, siempre que no se produzca, o de ellos se evidencie que no se va a producir, un acto de adjudicación, es decir, si con ellos se da fin a la etapa precontractual de manera anómala[[6]](#footnote-6).

4) De no ocurrir lo anterior, la forma para cuestionar la legalidad de estos actos administrativos precontractuales de trámite, es a través de la acción de nulidad contra el acto que pone fin a esta etapa; en las más de las veces, el de adjudicación. En esta hipótesis no se cuestionaría la adjudicación en sí misma, sino la forma irregular como se llegó a ella, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 en concordancia con el 87 del Código Contencioso Administrativo.

1. Bajo esa línea, el acto de apertura del procedimiento de selección de un contratista es un acto preparatorio por antonomasia, por cuanto su objeto es precisamente iniciar el trámite, oportunidad en la que las más de las veces no se define ningún aspecto definitivo sobre la escogencia del eventual contratista.
	1. Sin embargo, cuando la decisión de apertura impone alguna regla de selección, de calificación o bien incorpore algún criterio que impacte la escogencia del contratista se desdibujan sus características distintivas de acto de trámite para tornarse en definitivo. El fondo del asunto del procedimiento en cita es elegir y cuando el acto de apertura predefine la escogencia desde un inicio se torna en definitivo, porque precisamente decide directa o indirectamente el fondo[[7]](#footnote-7).
	2. Así lo indicó la Sala en un asunto donde se cuestionaba la legalidad, entre otros, del acto de apertura del proceso de selección por licitación pública que solo permitía la participación de los consorcios o uniones temporales de hasta cinco personas[[8]](#footnote-8):

[A]unque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.

* 1. En otro asunto, donde se demandó un acto de apertura que impuso igual limitación a los consorcios y uniones temporales, la Sala precisó[[9]](#footnote-9):

Frente al acto de apertura de la licitación, ha clarificado la jurisprudencia y desde tiempo atrás, que si bien es de mero trámite, lo cual lo excluiría en principio ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 135, 49 e inc. final art. 50 C.C.A.), a veces es susceptible de ser enjuiciado cuando contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que pueden afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal. (…) Definida la procedencia de la acción pública de nulidad frente al acto separable, hay lugar a declarar no 4probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, toda vez que la demanda se dirigió, entre otros, contra el acto de apertura de la licitación que fijó límites a la participación de oferentes.

* 1. Con esa claridad, la Sala advierte que la resolución demandada en el *sub lite* carece de control judicial, de su simple lectura se concluye que no decidió con carácter definitivo algún aspecto en relación con la escogencia del eventual contratista. Ese acto solo inició el procedimiento de selección, previó el cronograma y por ello fijó fechas para: (i) indicar desde cuando estaba disponible la información, (ii) presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, (iii) resolver tales observaciones, (iv) allegar las ofertas, (v) calificar preliminarmente tales ofertas, (vi) publicar el resultado de la calificación preliminar, (vii) objetar la calificación preliminar, (viii) abrir las propuestas económicas, (ix) adjudicar el contrato y (x) firmar el contrato. Asimismo, dicho acto informó quienes conformarían el comité evaluador, convocó a las veedurías ciudadanas para que ejercieran control, informó que el pliego de condiciones y demás documentos serían publicados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública e indicó que toda la documentación podía ser consultada en dicho sistema o en las instalaciones de la CNTV.
	2. La apertura, el cronograma, el comité evaluador, las veedurías ciudadanas y la posibilidad de consultar la documentación no se explican por sí solos, solo tienen sentido como medios para lograr el fin buscado por la CNTV. En efecto, la finalidad del procedimiento era elegir a uno de los participantes para celebrar un contrato con este, y no simplemente establecer unas pautas para que los interesados concurrieran. De tal suerte que el demandado es un típico acto de trámite, toda vez que su existencia y efectos solo constituyen un mecanismo para obtener un acto posterior –el de adjudicación o de declaratoria de desierto–.
	3. Ahora, si se detecta una anomalía en el acto de apertura ello podría afectar la validez del acto definitivo del proceso de selección por expedición en forma irregular, pero de ninguna manera abre la posibilidad de controlar los actos preparatorios.
1. Por todo lo dicho, la Sala se inhibirá para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones incoadas por la parte actora, toda vez que el acto atacado no es demandable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: DECLARARSE** inhibida la Sala para fallar de fondo las pretensiones de la actora, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones de rigor, archivar el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado

1. La parte actora guardó silencio en esta oportunidad procesal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre la posibilidad de atacar los actos precontractuales, la Sala precisó: “*[E]l artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en tanto introdujo un segundo inciso al artículo 87 del C.C.A., no autoriza el simple ataque de la legalidad, frente a todos los actos que se expiden por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato, será la naturaleza del acto a enjuiciar, esto es su carácter principal o definitivo y la ausencia de efectos vulnerantes frente a un sujeto concreto de un derecho amparado en una norma, lo que determinará la procedencia del contencioso objetivo de anulación*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, exp. 19936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre los actos definitivos y los preparatorios, la Sala indicó: “*La distinción entre acto de trámite y acto definitivo es fundamental para fijar la competencia del juez ante quien se ejercita una acción. Es de precisar que en el ordenamiento de los recursos contra los actos de la administración se ha tenido en cuenta el alcance de éstos, siendo por ello por lo que el control judicial se ha establecido no contra los actos de trámite sino contra los actos definitivos; sin perjuicio de que bien puede darse que un acto, aunque formalmente de trámite, defina un derecho, que debe entenderse definitivo y susceptible de ser conocido por la jurisdicción. Principio general de derecho administrativo registrado en el artículo 82 del C.C.A. La expresión el fondo del asunto, no parece requerir de mayor precisión, pues por ella no puede entenderse sino la manifestación de la voluntad administrativa, con suficiente vigor y radio de acción para modificar una situación jurídica subjetiva. Lo que determina, entonces, el carácter definitivo de los actos y su conocimiento por la jurisdicción, tiene que ver con que el propósito y fin perseguido por la administración de interferir en la órbita de los administrados se haya conseguido*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 35179, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-3)
4. En un asunto donde se demandó la legalidad de unos actos que suspendieron los plazos de una licitación, la Sala concluyó que esas decisiones eran de trámite, así: “*[E]l acto demandado tiene todas las características de ser un acto de mero trámite dentro de la licitación 01 de 1995, toda vez que al ser la licitación un procedimiento para la escogencia de una persona que se encuentra interesada en la ejecución de un contrato de la administración, un acto definitivo de este proceso debe contener la voluntad de la administración tendiente a resolver definitivamente sobre la selección del eventual contratista, bien sea escogiendo a uno de los oferentes, o declarando desierta la licitación, o desistiendo de continuar el proceso de selección, lo cual impediría seguir adelante con la actuación administrativa. // La Sala observa que el acto demandado no encaja en ninguno de los supuestos previstos anteriormente, ya que los efectos del mismo se dirigieron a aplazar una decisión definitiva sobre el proceso licitatorio, sin referirse a la escogencia de algunos de los participantes en el proceso de selección, o sin afectar la voluntad de la administración tendiente a continuar, o detener, el proceso licitatorio*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12279, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2007, exp. 26649, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. [cita original del texto] Esta afirmación, resulta plenamente concordante, con lo establecido en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, respecto de los actos de trámite. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre la posibilidad en enjuiciar actos precontractuales, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de abril de 2018, exp. 54632, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015 exp. 32436, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, exp. 39327, C.P. Hernán Andrade Rincón (E); Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 25394, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, exp. 16104, C.P. Hernán Andrade Rincón y Sección Tercera, auto del 1° de agosto de 1991, exp. 6802, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 1997, exp. 13495, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 15188, C.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)