

ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – El error debe conducir a conclusiones equivocadas / ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – Concepto / ERROR GRAVE DE DICTAMEN PERICIAL – Debe referirse al objeto de dictamen y no a las conclusiones del perito

Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2008, Rad. 16850, M.P. Enrique Gil Botero

ACCION POPULAR – Proceso contractual / ACCION POPULAR CONTRA PROCESO CONTRACTUAL – Procedencia excepcional si se vulneran derechos colectivos

Las acciones populares que pretenden suspender procesos contractuales proceden de forma excepcional en la medida que vulneren o amenacen derechos colectivos. De lo contrario es necesario adelantar las acciones pertinentes que prevé el Código Contencioso Administrativo. Como quiera que en el presente asunto el actor pretende que se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminar el proceso de invitación pública N° 004 de 2004, por considerar que se vulneró el derecho a la libre competencia al restringir la participación exclusiva de las empresas internacionales por los términos de referencia, es claro su procedibilidad.

LIBRE COMPETENCIA – Concepto / LIBRE COMPETENCIA – Alcance / LIBRE COMPETENCIA – Intervención estatal / VULNERACION A LA LIBRE COMPETENCIA – Se debe probar acto o acuerdo que la restrinja / VULNERACION A LA LIBRE COMPETENCIA – Impedir entrada de nuevo competidor o permanencia de los mismos

La libre competencia implica que los agentes (oferentes y demandantes) tengan la posibilidad de acceder y/o participar en el intercambio de bienes y servicios en el mercado, sin restricciones o ataduras que beneficien a alguno o algunos de aquellos que participan en el mismo mercado afectando los derechos de otros agentes. En efecto la libre competencia no implica que el Estado carezca de competencia para intervenir en el mercado, pues incluso en aras de alcanzar los fines estatales el Estado tiene la facultad de regular las actividades económicas. En ese mismo orden de ideas, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene la dirección general de la economía. Conforme a la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina, es necesario demostrar que el agente económico realice un(os) acto(s) o acuerdo(s) que restrinja(n) la libre competencia para concluir que se está frente a una conducta que atenta contra el artículo 333 de la Constitución Política. Es claro entonces que las prohibiciones legales se fundamentan en las conductas de los agentes económicos que busquen o impidan la entrada de nuevos competidores al mercado o la permanencia de otros competidores en el mismo.

FUENTE FORMAL: DECISION 608 DE 2005 DE LA COMUNIDAD ANDINA

NOTA DE RELATORIA: Sobre la libre competencia: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 22 de septiembre de 2005, Rad. 2003-00452(AP), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sobre la libre competencia y la intervención estatal, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 3 de junio de 2004, Rad. 2001-00192, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen aplicable a contratos relacionados con la prestación del servicio

En materia contractual, tal como lo establece el art. 31 de la ley 142 de 1994, en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios cuando celebren contratos que están directamente relacionados con la prestación de esos servicios, no se les aplica el Estatuto de Contratación Pública. En el presente asunto el objeto del proceso de invitación N° 004 de 2004 fue la contratación de una empresa de software de facturación, reduciendo en la medida que sea conveniente la fragmentación geográfica de su operación e incluyendo todo el espectro de funcionalidades y flexibilidad requeridas. En ese orden de ideas, el adjudicatario tendría que facturar todas las líneas de negocios de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, proveer una capa liviana y básica del servicio al cliente que registre peticiones y estado de cuentas, proveer información para la gestión del negocio, entre otros servicios. Por lo anterior, es claro que la contratación estaba directamente relacionada con la prestación adecuada del servicio público y en este sentido, se exceptúa del régimen de contratación pública a las empresas prestadoras de servicios públicos por cumplir con la premisa mayor que establece el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 31 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 32 – PARAGRAFO 1

LIBRE COMPETENCIA – No se restringe al permitir oferentes internacionales / LIBRE COMPETENCIA – No se restringe por condiciones especiales de capacidad técnica

No sería considerable que bajo un régimen de contratación privado, la empresa que busca solucionar una necesidad, tenga que circunscribirse a la búsqueda de empresas que así lo hagan, únicamente en el mercado nacional. Es decir, que como usuario solo se pueda restringir a la oferta nacional que no llena la necesidad de minimizar el riesgo. Sino por el contrario, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., podría buscar una persona natural o jurídica que solucione su problema de facturación en los estándares que se requiere a nivel mundial, si su capacidad financiera así se lo permite. Para la Sala es evidente que mal podría entenderse que la empresa demandada restringió la libre competencia, pues no se encontró que las condiciones de capacidad técnica generaran necesariamente la participación exclusiva de oferentes internacionales. Es así entonces que por el hecho que algunas empresas nacionales no cumplieran las condiciones exigidas por la empresa demandada en los términos de referencia, no puede concluirse que existió restricción a la libre competencia en el proceso N° 004 de 2004, como lo estima el actor. Pues incluso, los mismos términos de referencia permiten que los interesados presenten sus propuestas como asociaciones. Por lo cual, es claro que las empresas nacionales interesadas

hubieran podido asociarse para cumplir las exigencias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP)

Actor: FEDERACIÓN COLOMBIANA DE SOFTWARE Y TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS RELACIONADAS - FEDESOT

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 12 de julio de 2007 proferida por la Sección Cuarta, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual negó las pretensiones de la demanda.

I.- LA DEMANDA

1. Las pretensiones

El 17 de septiembre de 2004, la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE SOFTWARE Y TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS RELACIONADAS –FEDESOT- en ejercicio de la acción popular demandó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., por considerar que vulneró los derechos e intereses colectivos a la libre competencia económica y a la defensa del patrimonio público.

El actor solicitó las siguientes pretensiones:

"PRIMERO: Se protejan los derechos colectivos a la libre competencia económica de las empresas que conforman la industria nacional de software y al patrimonio público, los cuales han sido vulnerados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., al iniciar el proceso de invitación pública número 04 de 2004.

SEGUNDA.- Que se le ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminar el proceso de invitación a ofertar iniciado con la invitación pública número 04

de 2004, por cuanto desconoce, a través de los requisitos de elegibilidad previstos en los términos de referencia, el derecho a la libre competencia de los potenciales oferentes nacionales, y pone riesgo el patrimonio público estatal, al plasmar la renuncia de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a los beneficios derivados de la responsabilidad solidaria de los eventuales contratistas plurales, por las obligaciones y responsabilidades derivadas de las ofertas y el contrato a celebrarse.

TERCERA.- Que se le ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., que en caso de iniciar un nuevo proceso de contratación con igual o similares propósito del que comenzó con la invitación pública número 04 de 2004, lo haga sin establecer requisitos de participación o condiciones de elegibilidad a eliminar o restringir la libre competencia, y cumpliendo los deberes propios de la gestión fiscal, que se impone adoptar las medidas necesarias APRA asegurar la preservación del patrimonio público.

CUARTA.- Que en subsidio de las anteriores, se le ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., modificar los términos de referencia elaborados en desarrollo de la invitación pública número 04 de 2004, en orden a lograr los siguientes objetivos concretos:

A.- Permitir que las exigencias de capacidad económica y financiera requeridas como condiciones de elegibilidad de las ofertas y los oferentes plurales, sean cumplidas por el conjunto de los asociados para presentar la oferta. Esas exigencias son : 1- Que el flujo de caja operacional de 2003 menos amortizaciones deuda 2004, genere un resultado positivo de más de siete millones de dólares (US\$7'000.0000); 2- Que los ingresos operacionales del año 2003 sean mayores o iguales a NOVENTA Y SIETE MILLONES DE DÓLARES (US\$ 97'000.000); 3- Que la rotación de cartera del año 2003 es inferior a 180 días.

B.- Establecer, como consecuencia natural de lo anterior, que en el caso de los oferentes plurales, sea solidaria la responsabilidad por la oferta y por las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato.

C.- Reducir lo requisitos de experiencia técnica exigidos, en cuanto a desarrollo y comercialización del software requerido, a la demostración de haber desarrollado y comercializado soluciones equivalentes a la que pretende adquirir COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., estableciendo dicha equivalencia por funcionalidades del programa, número de usuarios, volumen de transacciones manejadas por la solución y cualquier otro elemento que permita tener la seguridad de que el oferente tiene la experiencia necesaria para ofrecer el software o los componentes de software integrantes de la "solución deseada", en la forma en que dicha "solución deseada" fue

descrita por la propia demandada al establecer los términos de referencia.

D- Permitir la subcontratación de actividades y elementos o funcionalidades de la solución informática que presente adquirir COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., preservando la responsabilidad plena del contratista frente a Telecom.

QUINTA.- Que se condene en costas a la demandada.”

2. Los hechos:

Como sustento fáctico el actor expuso lo siguiente:

1.- La empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., mediante la invitación pública N° 004 de 2004, pretendía solucionar y simplificar su función de facturación a través de la reducción de la fragmentación geográfica de su operación e inclusión de todo el espectro de funcionalidades y flexibilidad requeridas para soportar las iniciativas comercial del negocio.

2.- Los proponentes deberían ofrecer un software de facturación, realizar la implantación y configuración del mismo e integrarlo con los demás sistemas que utiliza la empresa, transferir la información de los antiguos sistemas al nuevo sistema, definir e implementar nuevos procesos para la facturación, así como también establecer la gestión de cambio, la capacitación del personal operativo de la empresa, la configuración y mantenimiento del sistema y el seguimiento en la etapa de estabilización del nuevo sistema.

3.- En los términos de referencia que se colgaron en la página web como condiciones de elegibilidad se exigieron una experiencia de desarrollo, comercialización e implementación de soluciones de facturación, integración con soluciones de aprovisionamiento y a su vez, se tenía que probar que la solución cumpliera con las funciones específicas. Así mismo, se exigía que la capacidad financiera demostrara un flujo de caja operacional del año 2003, en el cual al deducir las amortizaciones de deuda del año 2004 hubiese generado un resultado positivo mínimo de siete millones de dólares (US\$7.000.000), que los ingresos operacionales del año 2003 fueran superiores o iguales a noventa y siete millones de dólares (US\$97.000.000) y que la rotación de cartera del mismo año fuera inferior a 180 días.

4.- Afirmó que las condiciones de capacidad financiera que exigió la empresa son difícilmente alcanzables para las personas jurídicas o empresas colombianas, razón por la cual concluyó que la invitación fue dirigida para oferentes extranjeros. Tal situación se le comunicó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., con el fin de que se generaran los cambios pertinentes en los términos de referencia y así permitir un mayor acceso para las compañías nacionales.

5.- Como consecuencia de la solicitud, la empresa modificó los términos de referencia en lo atinente a la responsabilidad y acreditación del software. Aún cuando se disminuyó al 25% la exigencia de capacidad financiera se mantuvo el inaccess a la licitación para la industria nacional, pues las empresas nacionales no tienen dicha capacidad financiera.

6.- Concluye que la modificación de responsabilidad solidaria a responsabilidad conjunta pone en riesgo el patrimonio público.

II.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **MINISTERIO DE COMUNICACIONES** por conducto de apoderado contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones que involucran al Ministerio, por cuanto la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., es un organismo autónomo e independiente de esta entidad pública y la Ley 142 de 1994 prevé su régimen de contratación.

Adicionalmente, en escrito posterior el apoderado del Ministerio de Comunicaciones solicitó la terminación del proceso, toda que el proceso que originó la presente demanda se terminó, luego existe carencia de objeto, no hay daño que evitar, ni conducta que deba cesar.

La empresa **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, mediante apoderada judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

1.- Interpuso como excepción previa la falta de jurisdicción, como quiera que el Consejo de Estado en una sentencia del 23 de septiembre de 1997 dijo que los contratos de las empresas de servicios públicos diferentes de los regulados por los artículos 128 y siguientes de la Ley 142 de 1994 son de derecho privado y sus

controversias son dirimidas por la jurisdicción ordinaria y que en el presente asunto el debate no deriva de las actuaciones reguladas en la disposición citada.

2.- Precisó que, si bien son ciertos la mayoría de los hechos expuestos en la demanda, no son constitutivos de vulneración, ni amenaza alguna de derechos colectivos, toda vez que el objeto del contrato en discusión fue la adquisición de una solución integral para optimizar la función de facturación de la empresa, bajo unos requisitos que garanticen la buena gestión y respaldo económico. Entonces, la capacidad financiera exigida se determinó para garantizar una solidez del oferente en el desarrollo del proyecto y así ajustar el funcionamiento de la empresa a las necesidades del mercado.

3.- Señaló que la colectividad no se afectó como lo estima el actor, toda vez que sólo una empresa nacional se presentó para adquirir los términos de referencia, la cual incumplía los requisitos exigidos por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., como consumidor del mercado para llevar a cabo la función de facturación. En este orden de ideas, la empresa en su calidad de consumidor, puede elegir entre las diferentes ofertas la que se ajusta a sus necesidades y ello no representará una vulneración a los derechos colectivos.

4.- Afirmó que el cambio de la responsabilidad de los oferentes, de solidaria a conjunta, no afecta el patrimonio público, toda vez las pólizas que se exigen aseguran el cumplimiento del contrato. No obstante, argumentó que estos temas contractuales no son objeto de debate por vía de la acción popular.

III.- LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Atendiendo a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca convocó a las partes el 7 de abril de 2005 para la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por cuanto no se logró una formula de acuerdo entre las partes.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- La parte actora:

Reiteró las razones expuestas en la demanda y señaló que de acuerdo con la diligencia de inspección judicial del 12 de septiembre de 2005 y el dictamen pericial existía una empresa colombiana con capacidad de desarrollar el software.

Aseveró que como quiera que no se acreditó la proporcionalidad y razonabilidad de las exigencias financieras en relación con el objeto de la contratación, es claro que se restringió la libre competencia.

2.- La parte demandada:

La apoderada de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., insistió en que su representada no vulneró ninguno de los derechos colectivos invocados en la demanda y que la inspección judicial demuestra la necesidad que tenía la empresa para mejorar su sistema de facturación.

Agregó que la inspección judicial demostró que la exigencia de la capacidad financiera del oferente tenía como objetivo garantizar el cumplimiento del contrato, teniendo en cuenta el objeto de la empresa demandada.

Manifestó que la empresa tiene la libertad de exigir los requisitos que considera necesarios para llevar a cabo un proyecto de facturación y que no existe ninguna norma que imponga la obligación de utilizar topes técnicos o financieros determinados.

Indicó que el dictamen pericial refleja que las condiciones exigidas fueron proporcionales en relación con las necesidades de la empresa. Salvo en 3 aspectos específicos donde hay un desfase del 20%, los cuales son la calidad de experiencia, las condiciones financieras de flujo de caja y los ingresos operacionales.

V.- LA PROVIDENCIA APELADA

La Sección Cuarta, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia del 12 de julio de 2007 declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y negó las pretensiones de la demanda.

Aseveró que como quiera que en el presente asunto está inmersa una empresa

oficial de servicios públicos domiciliarios la jurisdicción competente es la contenciosa administrativa de acuerdo al artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

En relación con la objeción grave del dictamen pericial el *a quo* consideró que el experto contestó el cuestionario solicitado, lo entregó en tiempo, realizó las aclaraciones pedidas y que los comentarios que hizo no afectan el dictamen pericial.

El perito recomendó un estándar (E-TOM) relacionado con el número de líneas que existían al momento de la elaboración del dictamen, sin considerar la posibilidad de que aumentaren las líneas. Lo anterior, con el fin de evitar la pérdida de certeza del concepto técnico, lo cual no vició el dictamen.

Ahora bien, en relación con el punto alegado por el actor en el escrito de objeción del dictamen, respecto del flujo operacional, el Tribunal consideró que está estrechamente ligado con el fondo del caso, por lo cual luego de analizar el concepto de libre competencia encontró que la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., es una consumidora del mercado de servicios de facturación, razón por la cual no se le podrá imputar un quebrantamiento en la libre competencia del mercado, bajo el entendido que no se encuentra inmersa en el mercado en cuestión como agente pujante o negocial.

Sobre la violación al derecho colectivo de la moralidad administrativa dijo que las pólizas que la empresa exigió en el proceso de contratación garantizan la ejecución del contrato y el patrimonio público y por esa razón no accedió a dicho argumento expuesto por el actor.

Afirmó que de conformidad con la Ley 142 de 1994 el régimen de contratación para las telecomunicaciones es de derecho privado y no el Estatuto de Contratación Pública y en esa medida el único límite es la buena fe. En este sentido el cargo expuesto en el escrito de objeción grave frente a la capacidad financiera, no tendrá relevancia respecto de la decisión de negar las pretensiones, toda vez que en un plano de contratación en derecho privado, la empresa tiene libertad de escoger y plantear las características de contratación que ella crea que suplirá sus necesidades.

VI.- EL RECURSO

Inconforme con la anterior decisión el demandante la apeló, con el fin de que sea revocada, con fundamento en lo siguiente:

Señala que el *a quo* realizó una inadecuada interpretación del artículo 333 de la Constitución Política, pues la norma indica que toda actividad económica debe estar revestida por un grado de responsabilidad en el acceso a mercados en planos de libre competencia. Es decir, toda empresa o persona jurídica, que participe en el mercado tiene la obligación de garantizar el desarrollo de un escenario de libre competencia, máxime si se trata de una Empresa Oficial del Estado.

Manifiesta que habida cuenta que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P, no tiene la calidad de un consumidor cualquiera, sino que se trata de una empresa prestadora de servicios públicos adscrita al Ministerio de Comunicaciones, debe abstenerse con mayor rigor a realizar prácticas restrictivas de la competencia.

Alega que en el proceso se violó el debido proceso porque se dejaron de practicar pruebas que fueron decretadas, así mismo el Tribunal se abstuvo de valorar pruebas practicadas.

Insistió en la objeción del dictamen pericial que realizó en relación con el flujo de caja operacional, toda vez que la sentencia no se refirió a los valores de margen operacional (7%) ni al porcentaje mínimo de ingresos operacionales (15%).

El Ministerio Público, manifestó que la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., se encuentra dentro la colectividad de consumidores que adquieren bienes o servicios para el desarrollo de su objeto social, razón por la cual, no es viable que restrinja la práctica de los oferentes en el mercado aún cuando estableció las condiciones de la invitación pública de software y soluciones de facturación.

En conclusión, la posición que tiene la empresa demandada no tiene la capacidad para vulnerar la libre competencia. Así considera irrelevante examinar la inconformidad relacionada con las pruebas y la objeción al dictamen y solicita que

se confirme la sentencia de primera instancia.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El artículo 2º inciso 2º de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; y al tenor del artículo 9º ibídem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

2.- Con el ejercicio de la presente acción el demandante pretende la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con la libre competencia y protección del patrimonio público, los cuales estima vulnerados por la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., toda vez que en el proceso de invitación pública N° 004 de 2004 para la administración, sistematización y en general presentara una solución integral de manejo de facturación, la empresa determinó requisitos y condiciones de los oferentes de tal forma que excluyen las empresas nacionales y en esa medida se restringe el proceso a la participación de empresas internacionales.

Adicionalmente, en el escrito de apelación solicitó que se dé un pronunciamiento frente a la objeción por error grave respecto del dictamen pericial, bajo el entendido que en la sentencia de primera instancia no se agotó a cabalidad las objeciones expuestas frente a dicho concepto técnico.

3.- El *a quo* en la sentencia apelada negó las pretensiones de la demanda porque consideró que el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, en virtud de la Ley 142 de 1994, es de derecho privado, razón por la cual no cabe limitación alguna distinta a la buena fe para estipular las condiciones que requiere para que sus proveedores de servicios garanticen el debido cumplimiento del contrato, para el caso en concreto la gestión de facturación.

4.- Con anterioridad al estudio de fondo del caso, es necesario resolver sobre la solicitud del recurrente frente a la falta de práctica de unas pruebas ordenadas, apreciación de las pruebas y objeción grave al dictamen pericial.

4.1.- Debido Proceso:

A folios 705 a 711 del cuaderno principal, en el capítulo titulado “*violación al debido proceso*” obra la argumentación mediante la cual el actor afirmó que en el proceso no se practicaron pruebas que se decretaron, así mismo otras pruebas que se practicaron no fueron valoradas por el Tribunal.

Mediante auto del 23 de junio de 2005 la Sección Cuarta, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como pruebas las documentales presentadas por el actor y la parte demandada. A su vez, ordenó por Secretaría librar los oficios que solicitó el actor en el acápite (J) de la demanda, visible a folios 275 a 276 del expediente, y la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos para el 5 de agosto de 2005.

Al respecto, las actas de la diligencia de la inspección judicial obran a folios 313 a 329 del cuaderno principal y el dictamen pericial se observa a folios 397 a 406.

En relación con los oficios ordenados solicitando los antecedentes judiciales del proceso de contratación, en las actas de diligencia de inspección judicial se lee que el perito realizó presentación de los documentos del proceso de contratación.

Entonces es claro que las pruebas que el Magistrado Ponente ordenó mediante el auto del 23 de junio de 2005 se practicaron a cabalidad y en ese orden de ideas, la Sala no encuentra motivos para concluir que se omitió la práctica de pruebas que el juez ordenó mediante dicha providencia.

Ahora bien, en relación con la apreciación de las pruebas, el juez tiene autonomía y libertad para valorar “los medios de prueba que permitan al juez formar su convencimiento de lo sucedido, es decir, los que pueden darle un conocimiento más claro, preciso e inequívoco de un hecho.”¹

4.2.- Objeción Grave del dictamen pericial:

El actor en el capítulo titulado “*objeción al peritaje*” consideró que el Tribunal no respondió debidamente la objeción al dictamen pericial presentada y que se basó en el fundamento de las variables tenidas dentro de las fórmulas matemáticas aplicadas dentro de la situación financiera que hipotéticamente planteó el perito.

La parte demandante objetó por error grave el dictamen porque a su juicio, el 15% del capital de trabajo que exigió la empresa demandada carecía de una fuente objetiva y que incluso dicho porcentaje surgió con posterioridad a la invitación pública N° 004 de 2004. Agregó que tal porcentaje exigido, lo tomó como base el perito sin ninguna justificación objetiva y en ningún momento explicó los riesgos que implicaría un porcentaje menor o mayor al exigido.

Por otro lado, en relación con los ingresos operacionales dijo que el dictaminado por el perito parte de un error grave, de un capital mínimo de trabajo de US. 5.445.193, el cual obtuvo de unas premisas sin fundamento, como se relató en el párrafo anterior.

Para analizar la objeción formulada, es importante resaltar que en los términos de referencia del proceso de contratación aparece que los “*indicadores para evaluar la capacidad financiera de las empresas del sector de software de facturación para el proceso de contratación de un proveedor de este servicio*”, que obra a folios 423 a 428 del cuaderno No. 1, eran los siguientes:

“Justificación de la escogencia del indicador:

(...)

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. ALBERTO ARANGO MANTILLA, Auto Interlocutorio del 26 de octubre de 2006. Rad. No. 25000-23-25-000-2002-11901-01(1758-05).

Se estima que si la empresa tiene unos ingresos operacionales superiores a US\$ 97 millones, el contrato con Colombia Telecomunicaciones representaría aproximadamente el 15% de sus ingresos operacionales. Esta relación valor del contrato/ingresos, garantiza a Colombia Telecomunicaciones que el oferente no está concentrando el riesgo de su operación en un solo cliente.

(...)

De acuerdo con el reporte de la Superintendencia de Sociedades del año 2003 para el sector de “Actividades de informática” la mediana del margen operacional de este sector es del 7%”

En este entendido, se considera que el perito pretendió en su informe técnico, plantear una situación financiera posible, luego de calcular las variables de margen operacional y capital mínimo de trabajo de valores y cifras dadas por la empresa.

Ahora bien, sobre la objeción por error grave la jurisprudencia del Consejo de Estado² ha dicho que:

“Resulta pertinente precisar que para que se configure el “error grave”, en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 CPC.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³ ha precisado, respecto de la objeción por error grave contra el dictamen pericial y sus especiales condiciones, lo siguiente:

*“(...) si se objeta un dictamen por error grave, **los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...**”⁴ pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de **cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen**, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...” (Resaltados*

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. N° 66001-23-31-000-1997-04013-01(16850), Bogotá, D.C.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁴ Gaceta Judicial, T LII, pág.306.

no son del texto)

En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

En este sentido, no hay lugar a atender la objeción que por error grave formuló el actor, dado que no se constató la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas, sino que sus argumentos se centraron en discutir la conclusión a la que llegó el perito en relación con el 15% del capital de trabajo exigido por la empresa demandada.

5.- Previo al estudio de fondo la Sala aclara que las acciones populares que pretenden suspender procesos contractuales proceden de forma excepcional en la medida que vulneren o amenacen derechos colectivos. De lo contrario es necesario adelantar las acciones pertinentes que prevé el Código Contencioso Administrativo.

Como quiera que en el presente asunto el actor pretende que se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminar el proceso de invitación pública N° 004 de 2004, por considerar que se vulneró el derecho a la libre competencia al restringir la participación exclusiva de las empresas internacionales por los términos de referencia, es claro su procedibilidad, luego se verificarán si las condiciones exigidas por la entidad demandada vulneró o no el derecho a la libre competencia.

El artículo 95 de la Constitución Política prevé que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política implica responsabilidades. En esa medida se exige el respeto de los derechos ajenos sin abusar de los propios.

Es así entonces que toda persona tiene libertad para condicionar o restringir las condiciones y características de los negocios jurídicos que celebre, sin afectar los intereses o derechos ajenos.

De otra parte, el artículo 333 de la Constitución Política establece que:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

La libre competencia implica que los agentes (oferentes y demandantes) tengan la posibilidad de acceder y/o participar en el intercambio de bienes y servicios en el mercado, sin restricciones o ataduras que beneficien a alguno o algunos de aquellos que participan en el mismo mercado afectando los derechos de otros agentes.

Sobre la libre competencia la Sección Primera del Consejo de Estado⁵ expresó que:

“La libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites propios del bien común, de la prevalencia del interés colectivo o general, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad. Por tanto, dicho derecho no excluye la injerencia del Estado para alcanzar los fines que

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Rad. N° 66001-23-31-000-2003-00452-01 (AP), 22 de septiembre de 2005, Bogotá, D.C.

le son propios y en virtud de ello regular las actividades económicas que realicen de alguna manera estos intereses, más aún tratándose de la prestación de servicios públicos esenciales como el transporte.(...)”

En efecto la libre competencia no implica que el Estado carezca de competencia para intervenir en el mercado, pues incluso en aras de alcanzar los fines estatales el Estado tiene la facultad de regular las actividades económicas. En ese mismo orden de ideas, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene la dirección general de la economía.

Al respecto, esta Corporación se pronunció así⁶:

*“La libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse «dentro de los límites del bien común» y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. En criterio de esta Sala, la fijación del Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología con miras a «promover en los mercados la seguridad, la calidad y la competitividad del sector productivo o importador de bienes y servicios y proteger los intereses de los consumidores» (artículo 1º), **lejos de desconocer la libertad económica y la libre competencia, es cabal expresión de los límites y condicionamientos constitucionales que al ejercicio de los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y la protección de los consumidores.** De ahí que tampoco sea cierta la afirmación según la cual solo el Legislador puede restringirlas, pues ello puede resultar de un mandato de intervención como ocurre en el presente caso. **El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de mandato constitucional la protección de los consumidores y usuarios en el artículo 78 de la Carta; y en el inciso final del artículo 333 señaló que «la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.»** Es este el sentido del artículo 333 de la Constitución Política cuando preceptúa que **«la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común»** y que **«la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.»** Este cargo no prospera.”* (Negrilla fuera del texto original)

Adicionalmente, la Decisión 608 de 2005 por la cual se prevén *“las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”* adoptada por Colombia, tal como lo dispone su artículo 51, para efectos de la libre competencia define:

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, M.P. Camilo Arciniegas Andrade, Rad. N°: 11001-03-24-000-2001-00192-01, 3 de junio de 2004, Bogotá, D.C.

“Artículo 1.- A los efectos de la presente Decisión, se entenderá por:

Conducta: todo acto o acuerdo;

Acto: todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma;

Acuerdo: todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;

Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y,

Personas vinculadas: los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades.”

En efecto, es necesario demostrar que el agente económico realice un(os) acto(s) o acuerdo(s) que restrinja(n) la libre competencia para concluir que se está frente a una conducta que atenta contra el artículo 333 de la Constitución Política.

A su vez, el artículo 7 de la Decisión 608 de 2005 determina que se presumen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan como el propósito o el efecto de:

“a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;

c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”

Es claro entonces que las prohibiciones legales se fundamentan en las conductas de los agentes económicos que busquen o impidan la entrada de nuevos competidores al mercado o la permanencia de otros competidores en el mismo.

6.- Luego del análisis previamente desarrollado, se analizará si el proceso de invitación pública N° 004 de 2004 que adelantó la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. vulneró la libertad económica.

En materia contractual, tal como lo establece el art. 31 de la ley 142 de 1994, en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios cuando celebren contratos que están directamente relacionados con la prestación de esos servicios, no se les aplica el Estatuto de Contratación Pública. De dichas normativas se lee:

“Ley 142 de 1994

*Artículo 31. Modificado por el art. 3 de la Ley 689 de 2001. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. **Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.***

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Ley 80 de 1993

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”

(...)

*Parágrafo 1º.- Modificado por el art. 15, Ley 1150 de 2007, así: Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de***

Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.” (La Sala subraya).

En ese sentido, a folios 45 a 69 del cuaderno principal aparece que el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., del cual se observa que su objeto social es:

“La Sociedad tendrá por objeto social principal, la organización, operación, prestación y explotación de las actividades y los servicios de telecomunicaciones, tales como telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de portadores, teleservicios, telemáticos, de valor agregado, servicios satelitales en sus diferentes modalidades y cualquier otro servicios calificado como de telecomunicaciones, comunicaciones e información (TIC), incluidas sus actividades complementarias y suplementarias ...”

Ahora bien, en el presente asunto el objeto del proceso de invitación N° 004 de 2004 fue la contratación de una empresa de software de facturación, reduciendo en la medida que sea conveniente la fragmentación geográfica de su operación e incluyendo todo el espectro de funcionalidades y flexibilidad requeridas. En ese orden de ideas, el adjudicatario tendría que facturar todas las líneas de negocios de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, proveer una capa liviana y básica del servicio al cliente que registre peticiones y estado de cuentas, proveer información para la gestión del negocio, entre otros servicios.

Por lo anterior, es claro que la contratación estaba directamente relacionada con la prestación adecuada del servicio público y en este sentido, se exceptúa del régimen de contratación pública a las empresas prestadoras de servicios públicos por cumplir con la premisa mayor que establece el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Los antecedentes y evolución del proyecto de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. visible a folios 164 a 176 del cuaderno principal, refleja la necesidad que tenía la empresa para mejorar su capacidad competitiva dentro del mercado de empresas de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, respecto de los aplicativos de facturación, por las siguientes razones (fl. 167 del cuaderno principal):

“Tangible amenaza competitiva,

- *Los competidores de Colombia Telecomunicaciones actualmente tienen sistemas de facturación con mejora funcionalidad y mayor flexibilidad, lo que les permite ofrecer productos más innovadores en menor tiempo.*
- *No siendo esto suficiente, estos competidores hoy están actualizando sus sistemas de facturación a productos aún más modernos en funcionalidad y flexibilidad. ETB está implementando el sistema de facturación de Daleen (proveedor de EEUU) y Orbitel el sistema de facturación de Convergys (proveedor de EEUU).”*

Lo anterior justifica la necesidad de la empresa demandada para solicitarle a las empresas que pudieran crear, administrar y mejorar la gestión de facturación la prestación de sus servicios que presentaran sus respectivas ofertas.

Por otro lado, el dictamen pericial que realizó el ingeniero Miguel Ángel Cabrera Ciceri (fls. 398 a 405 del Cuaderno No. 1), refleja que la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., presentaba multiplicidad de software para realizar la facturación, lo cual restringía grandemente la flexibilidad de la empresa en este sentido. De lo anterior, se puede colegir, que tal situación no sólo sería una desventaja competitiva, sino una falta de beneficios que pudieran ser ofrecidos al usuario final. Así:

“Constatación en Campo de la dificultad del proceso de Facturación: El proceso de facturación que en estos momentos COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., servicio a cobrar puesto que cada uno tiene por lo menos un sistema de tarificación a saber: Larga Distancia utiliza las aplicaciones GESTEL y FX3 para su facturación, en llamada local se utilizan treinta y un (31) sistemas SAT 2.5, diez (10) OPENFLEXIS, para valor agregado uno (1) DAVOS; siendo esta divergencia de procesos de facturación el punto más conflictivo por que deben lograr que cuarenta y ocho (48) aplicaciones y aproximadamente doscientas (200) bases de datos se consoliden y converjan en una sola factura.

(...)

En síntesis, el proceso de facturación no cuenta con una herramienta informática que pueda soportar efectivamente las gran variedad de servicios productos, tarifas, promociones e incrementos que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. requiere para ser competitivos en un mercado tan ágil y agresivo como el de las telecomunicaciones.”

En este escenario, se tiene que la necesidad de la empresa fue probada y que el mecanismo que se escogió fue la invitación pública, denominada N° 004 de 2004, para dar solución a la problemática mencionada. No obstante, luego de un estudio de mercado y de factibilidad (fl. 426 del cuaderno 1), se encontró que la capacidad financiera que debería tener el prestador del servicio de facturación para la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., debería ser bastante amplia, para lograr una disminución del riesgo. Tal como se observa a continuación:

“Se estima que si la empresa tiene unos ingresos operacionales superiores a US\$ 97 millones, el contrato con Colombia Telecomunicaciones representaría aproximadamente el 15% de sus ingresos operacionales. Esta relación valor del contrato /ingresos, garantiza a Colombia Telecomunicaciones que el oferente no está concentrando el riesgo de su operación en un solo cliente.

(...)

Por las razones expuestas anteriormente, se considera que con unos ingresos operacionales de US\$ 97 millones de dólares, el oferente no concentra de manera riesgosa su operación en un solo cliente y que genera el volumen de ventas necesario para asegurar la generación de una caja operacional superior a los US\$ 7 millones, requerida para la ejecución del contrato.”

A su vez, los estudios reflejan que para el momento de la apertura del proceso operaban 2.000.000 líneas, por lo cual el alto volumen de usuarios y la solución de dichas necesidades acarrea una minimización de riesgo por parte del prestador del servicio de implementación de aplicativos y gestión de facturación mediante software.

En esta perspectiva, es indudable que la mejora en la facturación de la empresa demandada, tendría como consecuencia un beneficio para el usuario del servicio de telecomunicaciones, como también a la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. como usuario del mercado de servicios de software para facturación.

Es importante aclarar que uno es el mercado en el que COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. presta el servicio público domiciliario frente a los usuarios, y otro, es el escenario en que dicha empresa contrata diferentes herramientas para el desarrollo de su objeto social. Entonces, son dos mercados diferentes.

Realizada la anterior precisión, es evidente que en el presente asunto nos encontramos en el segundo escenario, es decir, donde la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. se desenvuelve como demandante del servicio de software de facturación. Sin embargo, la contratación que se realice en este escenario termina contribuyendo a la optimización del servicio público, por lo cual el usuario final se beneficia por los negocios jurídicos que se celebren en este último mercado.

Adicionalmente, para la Sala es evidente que la contratación bajo los estándares solicitados por la empresa demandada, no afectaría el mercado de prestadores de servicios de telecomunicaciones, como tampoco el mercado de empresas prestadoras de servicios de software, bajo el entendido que en ambos escenarios el usuario es quien se beneficia y los agentes intervinientes de los mercados están en igualdad de condiciones de desarrollar su objeto social, siempre y cuando cumplan con los requisitos que los usuarios precisan para satisfacer sus necesidades.

En este sentido, no sería considerable que bajo un régimen de contratación privado, la empresa que busca solucionar una necesidad, tenga que circunscribirse a la búsqueda de empresas que así lo hagan, únicamente en el mercado nacional. Es decir, que como usuario solo se pueda restringir a la oferta nacional que no llena la necesidad de minimizar el riesgo. Sino por el contrario, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., podría buscar una persona natural o jurídica que solucione su problema de facturación en los estándares que se requiere a nivel mundial, si su capacidad financiera así se lo permite.

Para la Sala es evidente que mal podría entenderse que la empresa demandada restringió la libre competencia, pues no se encontró que las condiciones de capacidad técnica generaran necesariamente la participación exclusiva de oferentes internacionales.

Incluso, a folios 407 a 410 en los términos de referencia se expone que podrán participar:

“...como oferentes todas las personas jurídicas bien sea de manera individual o en asociación, es decir, mediante una forma asociativa bajo la cual los miembros se obliguen de manera conjunta al

cumplimiento de las obligaciones de los asociados frente a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. con relación al cumplimiento de la oferta y si fuere el caso, del contrato.”

Es así entonces que por el hecho que algunas empresas nacionales no cumplieran las condiciones exigidas por la empresa demandada en los términos de referencia, no puede concluirse que existió restricción a la libre competencia en el proceso N° 004 de 2004, como lo estima el actor. Pues incluso, los mismos términos de referencia permiten que los interesados presenten sus propuestas como asociaciones. Por lo cual, es claro que las empresas nacionales interesadas hubieran podido asociarse para cumplir las exigencias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Además, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P, no tenía la capacidad para restringir el mercado de las empresas prestadoras de servicios de software, sino tan sólo solicitar, cómo así lo hizo, que un grupo de agentes del mercado que cumpliesen específicos requisitos atendieran la necesidad de la empresa.

En ese contexto, es claro que como la entidad demandada no vulneró el derecho de libre competencia y menos aún el patrimonio público, se confirmará el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 12 de julio de 2007 que profirió la Sección Cuarta, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 26 de noviembre de 2009.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PIANETA**

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO