



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN “B”

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., once (11) de junio (6) de dos mil quince (2015)

Proceso número: 250002326000200001616-01 (31073)
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB-
Demandado: Nación-Ministerio de Comunicaciones-Fondo de Comunicaciones
Acción: Reparación directa

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 23 de febrero de 2005, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones “*por acción indebida*”.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 14 de julio de 2000, la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB- presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la Nación-Ministerio de Comunicaciones-Fondo de Comunicaciones, con el objeto de que se declare su responsabilidad por “*falta de información*” que debió suministrar la demandada y la negativa a reintegrar los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3.

A manera de síntesis, la parte actora da cuenta de los siguientes hechos:

“Los hechos que relataré enseguida mostrarán cómo la Nación y las autoridades del Fondo de Comunicaciones a través de un conjunto de diversos actos generales omisivos y sobre todo de múltiples omisiones:

a.- Indujeron a la ETB a esperar que para el año de 1998, las tarifas de los usuarios de estratos 1, 2 y 3 del servicio de telefonía fija pública básica conmutada (TPBC) serían financiadas en forma adecuada por tarifas de los usuarios, contribuciones de ciertos usuarios y por recursos de la Nación y el Fondo. Así se observa, en particular, los decretos 2375 de 1996 y 3090 de 23 de diciembre de 1997. La resolución 99 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Unidad Administrativa de la Nación, coincidió en el sentido de tales decretos.

b.- Incumplieron su deber legal de dar instrucciones oportunas y completas a la ETB acerca de cómo aplicar el régimen de subsidios y en particular el principio constitucional de igualdad entre usuarios, en el evento de que, durante la prestación del servicio se presentara un déficit. Esas instrucciones eran necesarias porque durante la prestación ordinaria del servicio de telefonía pública básica conmutada, el valor de las contribuciones que se recaudaban entre algunos usuarios para financiar subsidios era inferior al valor requerido para dar subsidios a todos los usuarios de estratos 1, 2 y 3. El deber legal incumplido por la Nación y el Fondo aparece en los numerales 67.3, 67.4 y 67.7 de la Ley 142 de 1994. Como consecuencia de esta omisión, la ETB otorgó subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 en las cuantías autorizadas por las resoluciones 87 y 99 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones e incurrió en 1998 en déficit del orden de veintidós mil millones de pesos, financiados hasta ahora con sus propios recursos.

*c.- **Se han abstenido de pagar las cuentas de la empresa, en los plazos legales, sin que exista un acto formal, final, de negativa de pago. Y producen conceptos que aparecen en carta del 27 de diciembre de 1999, según los cuales:***

- No pueden, legalmente, pagar con los recursos propios del Fondo ni con los del presupuesto de la Nación.

*- **El pago solo podría hacerse cuando se cumpliera una doble condición, a saber:** que el Fondo terminara el consolidado de la información sobre el régimen de subsidios y contribuciones en el departamento de Cundinamarca y que ese consolidado demostrara que hubo en 1998 un superávit de otras empresas, transferible a la ETB.*

*d.- Emitieron conceptos, **en la carta de 27 de diciembre de 1999, según los cuales, para conseguir que le paguen**, la ETB tiene el deber jurídico de asumir el riesgo de que no haya recursos del tipo que las autoridades exigen.*

*En síntesis: por actos y hechos omisivos de los deberes de información de la Nación y el Fondo y por omisión de sus deberes de financiamiento del régimen de subsidios en la telefonía pública básica conmutada (TPBC), la ETB se ha visto obligada a comprometer recursos propios que, en 1998, fueron del orden de veintidós mil millones de pesos, en la atención de subsidios a usuarios de estratos 1, 2 y 3, **sin que haya obtenido un pago del capital**, que se ha*

desvalorizado por efecto de la inflación, ni de los intereses que este debió producir desde 1998” (negrillas fuera de texto).

En sentir de la demandante, el daño por cuya reparación reclama no deriva de un acto administrativo sino de *“un conjunto de actos y hechos de naturaleza omisiva y que constituyen por tanto una operación administrativa”*. De igual forma, pone de presente haber solicitado el reembolso de los subsidios, sin obtener respuesta clara y definitiva, al tiempo que da cuenta de la existencia de comunicaciones en las que las entidades públicas demandadas hacen referencia al pago de los subsidios, a su parecer, contentivas de conceptos que no merecen el calificativo de actos administrativos. Entre ellas, destaca i) el oficio de 30 de marzo de 1998, por medio del cual el Fondo de Comunicaciones informa a la ETB que *“no es la encargada de subsidiar las empresas deficitarias, por cuanto, por disposición legal, los recursos del fondo tienen una destinación determinada”*; ii) la circular de 1º de agosto de 1998, mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones informó a la ETB que *“en ningún caso el Fondo destinaría sus recursos al subsidio de las empresas operadoras deficitarias (en contribuciones), toda vez que los recursos del Fondo tienen una destinación específica”* y iii) el oficio de 27 de diciembre de 1999, en el que la Coordinadora del Fondo de Comunicaciones respondió a la actora el *“porque no es procedente una solicitud de reembolso”*, el cual, según la accionante, *“contiene apreciaciones y no niega que la empresa tenga derecho a un reembolso, pero conceptúa que no podría hacerse con recursos del Fondo”*.

Por último, la actora concluye:

“En la mayoría de los actos administrativos que produjeron la Nación y el Fondo, en desarrollo de la Ley 286 de 1996, hay una constante: la omisión de cualquier regla y de cualquier información para las empresas de telefonía básica conmutada, acerca de cómo proceder durante la prestación de servicio en el evento de que las contribuciones recaudadas fueran inferiores a los subsidios requeridos para cubrir consumos básicos de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Pero en varios de esos actos (resolución 99 de 1997 de la Comisión de Regulación y los decretos 2375 de 1996 y 3090 de 1997), se dice que el Fondo será una de las fuentes de financiamiento para los faltantes” (fls. 6-44 y 80-137 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda¹

1.1.1 Pretensiones

Con base en los anteriores hechos, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Que se declare que el deber de dirigir y de proveer información acerca del régimen de contribuciones y subsidios en el servicio público domiciliario de telefonía fija pública básica conmutada (TPBC), es de la Nación y de su Fondo de Comunicaciones y que el deber de financiar los servicios prestados a usuarios de estratos 1, 2 y 3, en cuanto estos no se paguen con tarifas de los mismos usuarios o de contribuciones de usuarios de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales, es de la Nación y el Fondo.

Segunda.- Que se declare que la concesión de subsidios en el servicio público domiciliario de telefonía fija pública básica conmutada (TPBC) a usuarios de estratos 1, 2 y 3 es una actividad de interés público, que beneficia a toda la comunidad y que la Empresa de Teléfonos de Bogotá no ha tenido ni tiene el deber de financiarla con sus propios recursos ni el de asumir riesgos si el sistema de contribuciones y subsidios no genera superávits.

Tercera.- Que se declare que la Nación y el Fondo a través de un conjunto de actos omisivos y sobre todo de omisiones:

a.- Llevaron a la ETB desde el 1º de enero de 1998 y hasta hoy a otorgar subsidios a los usuarios de TPBC en los estratos mencionados, con los propios recursos de la ETB, esto es, en exceso de los que la ETB recauda por las contribuciones de los usuarios de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales.

b.- La han obligado ilegalmente a asumir el riesgo de que el sistema de contribuciones y subsidios no genere superávits para pagarle los recursos que comprometió en subsidiar a los usuarios de estratos de bajos ingresos.

c.- Han dejado de hacerle los pagos a los que tiene derecho para recuperar los subsidios otorgados.

Cuarta.- Que, en consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la Nación y al Fondo solidariamente a pagar a la ETB todas las sumas que, según se acredite en el proceso o lo que en equidad determinen los Magistrados, ha destinado a subsidiar a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, en exceso de las contribuciones recibidas para ese propósito desde el 1º de enero de 1998 y por todo el tiempo en que haya persistido esta situación.

¹ La parte actora adicionó la demanda en el acápite de pruebas y hechos (fls. 80-137 cuaderno 1).

Quinta.- Que se condene a las entidades mencionadas a hacer el pago al que se refiere la pretensión anterior, actualizando las sumas debidas con el IPC y causando sobre los saldos intereses moratorios del 12% anual, o los que correspondan, liquidados a partir de los 30 días siguientes a la fecha en que la ETB puso en conocimiento del Fondo las sumas debidas.

Sexta.- Que se condene en costas, solidariamente, a la Nación y al Fondo, si se oponen a la prosperidad de las pretensiones de esta demanda”.

Y, como pretensiones subsidiarias, la demandante solicitó:

“Reitero las dos primeras pretensiones principales expuestas arriba y con todo respeto presento las siguientes subsidiarias:

Primera pretensión subsidiaria. Que en subsidio de la tercera pretensión principal se declare que en cumplimiento del principio constitucional de igualdad, la ETB tiene derecho, como tienen las empresas del sector de energía eléctrica en virtud del decreto 955 de 2000, artículo 65, inciso tercero, a pagarle los déficits generados por la aplicación de subsidios desde el 1º de enero de 1998 y por todo el tiempo que tales déficits hayan persistido, con las contribuciones que se recauden en el futuro; el valor de esos déficits será el que se pruebe en el proceso o el que en forma equitativa determinen los honorables Magistrados.

Segunda pretensión subsidiaria. Que, en subsidio de la cuarta y quinta pretensiones principales, se declare que, al hacerse el pago al que se refiere la primera pretensión subsidiaria, la ETB tiene derecho a actualizar el valor de los déficits generados desde el 1º de enero de 1998 con el IPC y causando sobre los saldos intereses moratorios del 12% anual, o los que correspondan, liquidados a partir de los 30 días siguientes a la fecha en que la ETB puso en conocimiento del Fondo las sumas debidas.

Reitero la sexta pretensión principal, esto es que se condene en costas solidariamente, a la Nación y al Fondo, si se oponen a la prosperidad de las pretensiones de esta demanda” (fls. 4-5 cuaderno 1).

La parte actora estimó el valor de las pretensiones en la suma de \$22 851 265 000, por concepto del déficit acumulado por los años 1998 y 1999 (fls. 55 y 136 cuaderno 1).

1.2 La defensa de los demandados

1.2.1 El ministerio, por conducto de la ministra de Comunicaciones y representante del Fondo de Comunicaciones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Atribuyó la causación del daño a la actuación de la parte actora, por *“ineficiencia empresarial en el manejo de un mercado libre”*. Trajo a colación la

sentencia C-086 de 1998, mediante la cual la Corte Constitucional señaló que es “(..) la ley [la que] asignó a cada una de las empresas de servicios públicos, sean ellas oficiales, mixtas o privadas, la facultad de compensar con lo que reciban del sobrecosto cobrado a determinados usuarios, los montos dejados de percibir de usuarios a quienes no se les cobra el costo real. Es decir, que estos dineros, en la medida que compensen el menor valor facturado a los estrados 1, 2 y 3 son propiedad de cada una de las empresas prestadoras de estos servicios, es sobre este monto que la Constitución y la Ley deben otorgar la protección correspondiente”.

La defensa dio cuenta que mediante la resolución n.º 099 de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definió la metodología de aplicación de factores y subsidios. Sostuvo que, con antelación al inicio del trimestre respectivo, el operador debía establecer si el resultado de la aplicación de los factores previstos a sus usuarios generaría un superávit o un déficit. Al respecto, sostuvo:

“En el primer caso [superávit], debía transferir los excedentes al Fondo de Comunicaciones y en el segundo el operador podía solicitar recursos al Fondo, quien podría reintegrárselos siempre que se dieran las condiciones normativas previstas a este efecto, vale decir a) que el operador persistiese en situación deficitaria, una vez hubiere hecho uso de la facultad de reducir los subsidios y b) si existieran los recursos a este fin, provenientes del traslado que deberían hacer las empresas superavitarias, previo cumplimiento de los condicionamientos legales”.

La entidad señaló que, con la resolución n.º 1773 de 1998, el Ministerio de Comunicaciones precisó los criterios de distribución de los excedentes que ingresarán al Fondo con origen en los operadores superavitarios. Allí se reiteró que, en caso de resultar insuficientes los recursos destinados por la normativa vigente, para cubrir los faltantes de operadores deficitarios que calificaran para tal fin, estos continuarían con la opción concedida en la resolución n.º 099 de diciembre de 1997 que autorizó el desmonte de los subsidios. No obstante, la ETB solo hizo uso de la facultad concedida en el mes de septiembre de 1998. Al respecto, alegó:

“Solo hasta septiembre de 1998, la ETB presentó al Fondo de Comunicaciones debidamente diligenciados los formatos de contribuciones y subsidios establecidos en la resolución 1773 de 1998, conforme con lo dispuesto en la resolución 099/97, correspondiente a los dos primeros trimestres de 1998 y a las

proyecciones para los dos últimos trimestres de ese año. A partir de esta comunicación, la ETB continuó presentando los informes trimestrales sin incluir cuentas de cobro por déficits.

Mediante la resolución 11953 de 10 de septiembre de 1998, la ETB adoptó la metodología propuesta en la resolución 099/97 e hizo uso de la facultad que este acto administrativo concediera a las empresas de servicios del sector. De esta manera, procedió a la eliminación de subsidios en el estrato 3 y a la disminución proporcional del subsidio en los estratos 1 y 2. Este hecho evidencia que la ETB contaba desde diciembre de 1997, fecha de expedición de la resolución que finalmente aplica, con los mecanismos para reducir eventuales déficits entre contribuciones percibidas y subsidios concedidos. Sin embargo, no la aplicó sino hasta septiembre de 1998, por razones que desconocemos, que le son propias y por las cuales no podrá responder patrimonialmente el Estado”.

La entidad puso de presente que el 24 de agosto de 1999, la ETB “*retomó su reclamo económico*” al Fondo de Comunicaciones y dio cuenta de un déficit de veintidós mil millones de pesos, al tiempo que le solicitó informar la oportunidad en que habría de reconocer dicho valor.

La defensa sostuvo que, mediante oficio de 27 de diciembre de 1999, la petición fue negada, reiterando los términos de la circular n.º 001 de 1998.

En el mismo escrito de contestación, la demandada formuló las excepciones que denominó i) “*inviabilidad de la acción de reparación directa o ineptitud sustancial de la demanda*”, comoquiera que “*lo que realmente pretende la actora es imputar responsabilidad a la Nación por la aplicación y cumplimiento de actos administrativos en firme*”, razón por la cual la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) “*inexistencia de las supuestas omisiones administrativas*”, pues la ley no “*concibió garantías o expectativas de distribución de subsidios*” (fls. 151-255 y 279 cuaderno 1).

1.3 Alegatos de conclusión

1.3.1 La parte actora reiteró la responsabilidad de la entidad pública demandada, por los perjuicios causados con la operación administrativa, integrada por “*el conjunto de actos y hechos de naturaleza omisiva*”. Se opuso a la prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada. Alegó que “*(..) el Fondo entró el proceso desde su primera fase y que nunca proporcionó recursos a la ETB,*

no se daban durante la mayor parte de 1998 los supuestos para que ETB se sintiera autorizada para disminuir o eliminar los subsidios. La decisión de disminución o eliminación dependía, necesariamente, del monto de recursos que se hubiera encontrado que el Fondo podía aportar. Sin conocer tal monto, cualquier disminución o eliminación de subsidios habría sido arbitraria, con perjuicio para los usuarios”. Por último, insistió en el derecho que le asiste para obtener el pago que reclama (fls. 401-432 cuaderno 1).

1.3.2 La Nación-Ministerio de Comunicaciones, por su parte, relacionó y explicó la normativa aplicable al sistema de subsidios y contribuciones, esquema que, a su parecer, la ETB no entendió y, por tal razón, incurrió en el déficit alegado. Insistió en que no hay norma que prevea que el Fondo está obligado a cubrir con su presupuesto el déficit en el que incurran los operadores del servicio (fls. 433-449 cuaderno 1).

1.4 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 23 de febrero de 2005, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones “*por acción indebida*”. Consideró que las pretensiones de la parte actora estaban encaminadas a enjuiciar la legalidad de las decisiones de la administración, por medio de las cuales se negó el reembolso de los subsidios, esto es la circular 001 de 3 de agosto de 1998 y los oficios de 30 de marzo del mismo año y de 27 de diciembre de 1999, comunicaciones en las que el Ministerio de Comunicaciones y su Fondo dieron cuenta a la Empresa de Teléfonos de Bogotá –ETB- “(..) *la imposibilidad de asumir los déficits que tuvieran los operadores de telefonía cuando asumieran mayores costos por subsidios, que no fueran compensados por las contribuciones recibidas, la improcedencia de las solicitudes de reembolsos y la negativa a recibir las cuentas de cobro correspondientes*”, razón por la cual la acción de reparación directa interpuesta no era la idónea (fls. 509-518 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de apelación

Inconforme, la parte actora impugna la decisión. Insiste en la procedencia de la acción de reparación directa por haberse configurado una operación administrativa. Alega vulneración al principio de confianza legítima, en la medida en que *“cumplió la obligación de otorgar cuantiosos subsidios a usuarios pobres, en el servicio de telefonía, en el año de 1998, esperando un reembolso que no ha tenido lugar, lo cual afecta de forma grave su propio patrimonio”*. Actuación fundada en la *“(..) omisión de información necesaria y debida acerca de cómo podrían la ETB u otras empresas similares manejar en 1998, mes tras mes, la obligación de dar subsidios, impuesta por las regulaciones de la CRT, pese a no estar recibiendo contribuciones suficientes de otros usuarios para financiar tales subsidios”*.

El recurrente sostiene que *“no existe un acto administrativo, particular o general, en el que se niegue a la ETB el derecho a recibir el pago”*; empero sí *“(..) un conjunto de actos y hechos omisivos cuyo resultado consiste en que se indujo a la ETB a invertir muy cuantiosos recursos propios en un fin de interés público; una vez hecha esa inversión, las autoridades omiten el reembolso y actúan como si la ETB tuviera que asumir el riesgo de que no hubiera empresas superavitarias cuyos recursos pudieran utilizarse para pagarle”*.

La Empresa de Teléfonos de Bogotá relaciona nuevamente los hechos de la demanda e insiste en la causación del daño por cuya reparación reclama. Enjuicia la sentencia de primera instancia por cuanto i) desconoció la operación administrativa que se controvierte e interpretó indebidamente la demanda; ii) dio cuenta de actos administrativos que no existen; iii) omitió analizar las pruebas que reposan en el plenario y iv) no analizó la normativa aplicable a los subsidios y contribuciones (fls. 521-522 y 530-558 cuaderno ppal.).

2.2 Alegaciones finales

Las partes reiteraron los argumentos esgrimidos en el transcurso del proceso (fls. 563-589 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia que negó las pretensiones por improcedencia de la acción, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988², para que ésta Sala conozca de la acción de reparación directa en segunda instancia.

2 Asunto que la Sala debe resolver

Debe la Sala considerar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 23 de febrero de 2005, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones “*por acción indebida*”, con miras a establecer la procedencia de la acción de reparación directa, para reclamar la indemnización de los perjuicios causados por la “*falta de información*” que debió suministrar la demandada y la negativa a reintegrar los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3, contenida en un acto administrativo.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales³.

² El 14 de julio de 2000, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$26 3900 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones fue estimada por el actor en la suma de \$22 851 265 000, por concepto del déficit acumulado por los años 1998 y 1999.

³ Vencido el término para alegar de conclusión en segunda instancia. el Ministerio de Comunicaciones pone de presente un hecho que denominó “sobreviniente”, de interés para el proceso, en el sentido de allegar copia de i) la resolución n.º 000682 de 19 de octubre de 2006, “Por la cual se redistribuyen excedentes de contribución de los operadores superavitarios del servicio de telefonía pública básica conmutada, a empresas deficitarias del mismo servicio en el ámbito nacional, correspondientes al tercer trimestre de 1998”, notificada a la ETB el 22 de diciembre de 2006; ii) la resolución n.º 000824 de 28 de noviembre de 2006, “Por la cual se redistribuyen excedentes de contribución de los operadores superavitarios del servicio de telefonía pública básica conmutada, a empresas deficitarias del mismo servicio en el ámbito nacional, correspondientes al cuarto trimestre de 1998”, notificada a la ETB el 22 de diciembre de 2006; iii) la resolución n.º 000832 de 28 de noviembre de 2006, “Por la cual se redistribuyen

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

2.1 En el presente asunto, las pruebas dan cuenta de que el Ministerio de Comunicaciones reglamentó el sistema de subsidios y contribuciones en la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada –TPBC- y estableció la metodología para que los operadores del servicio liquidaran dichos conceptos, con la prevención de que no se aceptarían cuentas de cobro por déficit, pues, en caso de que ello ocurriera, deberían ser asumidos por el operador, previo el cumplimiento de requisitos legales y la disponibilidad de recursos por superávit. De ello dan cuenta los decretos y resoluciones a los que hacen mención las partes y que reposan en la actuación.

Durante los años 1998 y 1999, la Empresa de Teléfonos de Bogotá –ETB-, hoy Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P. ETB otorgó subsidios a los estratos 1, 2 y 3, los cuales como no pudieron ser compensados con las contribuciones de los estratos 5 y 6, predios industriales y comerciales, le generaron un déficit que superó los dos mil millones de pesos. Por tal razón, solicitó el reembolso de los dineros al Fondo de Comunicaciones, ente que respondió de forma negativa a través de un acto administrativo.

Se destacan, por orden cronológico y entre otras, las siguientes actuaciones que interesan al proceso así:

a).- El 30 de diciembre de 1996, mediante resolución n.º 2375, el Ministerio de Comunicaciones expidió la reglamentación de las contribuciones y

excedentes de contribución de los operadores superavitarios del servicio de telefonía pública básica conmutada, a empresas deficitarias del mismo servicio en el ámbito nacional, correspondientes al tercer trimestre de 2000”, notificada a la ETB el 22 de diciembre de 2006; iv) la resolución n.º 000837 de 28 de noviembre de 2006, “Por la cual se redistribuyen excedentes de contribución de los operadores superavitarios del servicio de telefonía pública básica conmutada, a empresas deficitarias del mismo servicio en el ámbito nacional, correspondientes al cuarto trimestre de 2001”, notificada a la ETB el 22 de diciembre de 2006 y v) el oficio de 2 de abril de 2007, proveniente del Coordinador del Punto de Atención al Ciudadano y al Operador del ministerio, en el que consta que contra los anteriores actos administrativos no fueron interpuestos recursos (fls. 592-616 cuaderno principal). Mediante autos de 7 de septiembre de 2007 y 7 de marzo de 2008, la Corporación no tuvo en cuenta la documentación aportada, comoquiera que no se ajustó a los presupuestos del artículo 214 del C.C.A., esto es fue aportada extemporáneamente (fl. 628 cuaderno principal).

transferencias de telefonía básica conmutada, previstas en las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996. En relación con el procedimiento de liquidación y transferencias, la normativa dispuso:

“Artículo 4º. Con base en los promedios de que trata el artículo 3º del presente decreto, trimestralmente las empresas harán sus liquidaciones y reportarán al Fondo de Comunicaciones dentro de los quince días siguientes, las cuantías generadas por concepto de contribuciones y sus propios requerimientos de subsidios.

Las contribuciones serán calculadas teniendo en cuenta, entre otros, la contribución mensual promedio nacional por usuario de estrato 5, 6 e industrial y comercial y el número de líneas en servicio por cada estrato. Los requerimientos de subsidios serán calculados teniendo en cuenta, entre otros, un subsidio mensual promedio nacional por usuario de estratos 1, 2 y 3 y el número de líneas en servicio por cada estrato.

*Con base en la información recibida, el Fondo dentro de los siguientes quince días informará a las empresas superavitarias las cuantías a transferir a las empresas dentro de su misma zona territorial y al Fondo, respectivamente. Así mismo, dentro de este mismo plazo, **informará a las empresas deficitarias las cuantías a recibir, por parte de las empresas superavitarias de su misma zona territorial y/o al Fondo.***

Una vez informadas, en un plazo no mayor a quince días, las empresas superavitarias, deberán realizar las transferencias correspondientes al Fondo de Comunicaciones.

(..)” (negritas fuera de texto, fls. 3-5 cuaderno 3).

b).- El 22 de diciembre de 1997, mediante la resolución n.º 99, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en uso de las facultades conferidas por la Ley 142 de 1994, estableció las medidas para la aplicación de tarifas a la telefonía pública básica conmutada –TPBC-. En el numeral 2.3.4 dispuso:

“Si el monto calculado por concepto de contribuciones es inferior al monto calculado por concepto de subsidios, el operador podrá solicitar al Fondo de Comunicaciones el faltante, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Gobierno Nacional. Si luego de obtener los recursos del Fondo de Comunicaciones sigue habiendo faltante, el operador podrá disminuir los subsidios aplicados de acuerdo con los siguientes criterios:

2.3.4.1 Eliminar subsidios de estrato III

2.3.4.2 Disminuir los subsidios de estratos I y II proporcionalmente” (fls. 11-14 cuaderno 3).

c).- Al día siguiente, a través de la resolución n.º 3090, el Ministerio de Comunicaciones modificó la metodología para el cálculo del valor de las contribuciones y subsidios así como el procedimiento para liquidar las transferencias. Esto último, para disponer que las empresas realizarían los reportes al Fondo dentro de los quince días siguientes a su comunicación (fl. 6 cuaderno 1).

d).- El 30 de marzo de 1998, el representante de la ETB presentó al Fondo de Comunicaciones la cuenta de cobro por el segundo trimestre de 1998, por la diferencia entre subsidios y contribuciones. En el documento hace referencia a la resolución 099 y el Decreto 3090 de 1997 (fls. 50-55 cuaderno 3).

El mismo día, mediante oficio n.º FONCOM-015-102-98, el Coordinador del Fondo de Comunicaciones respondió a la ETB las dudas referidas a la aplicación de los factores de subsidio y contribución, de conformidad con la Ley 286 de 1996 y la resolución n.º 099 de 1999 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Se transcribe el contenido del oficio:

*“Queremos aclarar que no es el Fondo de Comunicaciones la entidad encargada de subsidiar las empresas deficitarias por cuanto por disposición legal los recursos propios del Fondo tienen una destinación determinada cual es, por una parte, la inversión en los planes de telefonía social de acuerdo con los planes de inversión social aprobados por el CONPES y por otra el incremento de la capacidad operativa y técnica del Ministerio de Comunicaciones. El Fondo es la entidad encargada de **distribuir los excedentes de contribución de las empresas superavitarias, quienes en primera instancia, deben cubrir los subsidios de sus usuarios y si existieren excedentes deben destinarse al cubrimiento de los usuarios de las empresas deficitarias de su respectiva zona territorial.***

Al respecto, el artículo 5º de la Ley 286 de 1996 dice: “Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica perteneciente al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial, regulados y no regulados, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estrato 5 y 6, al sector comercial y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores y los usuarios de los servicios de la telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por red física o de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes lo aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y 3, áreas urbanas y rurales.

Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB-

Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 472 de 1994.

(..) Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los 45 días siguientes a su liquidación trimestral, al Fondo de Comunicaciones, el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos 1, 2 y 3, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 472 de 1994”.

*La resolución 099 de 1997 de la CRT explica el procedimiento para la identificación y aplicación de los factores de subsidio y contribución, de igual forma, en su artículo 2.3.4 establece que “...si el monto calculado por concepto de contribuciones es inferior al monto calculado por concepto de subsidios, **el operador podrá solicitar al Fondo de Comunicaciones el faltante, de acuerdo al procedimiento establecido por el Gobierno Nacional....”.***

*Planteamiento este que debe interpretarse conjuntamente con el artículo 5º de la Ley 286 de 1996, norma que por su carácter, prima sobre la resolución 099 de 1997. **El Fondo si es la entidad encargada de distribuir estos recursos, pero luego de haberse cumplido los pasos descritos por la Ley 286 de 1996, que permiten que estos excedentes entren a las arcas del Fondo”** (negritas fuera de texto, fls. 7-9 cuaderno 3).*

e).- El 15 de abril de 1998, el Presidente de la ETB remitió al Fondo de Comunicaciones la cuenta de cobro correspondiente al primer trimestre de 1998, por la diferencia presentada entre subsidios y contribuciones. En el documento hace referencia a la resolución 099 y el Decreto 3090 de 1997 (fls. 56-62 cuaderno 3).

f).- El 23 de junio de 1998, la Empresa de Teléfonos de Bogotá solicitó al Fondo de Comunicaciones informar “(..) cuando se tramitará la cancelación de la cuenta de cobro por la suma de \$23.034.025.00 presentada a esa entidad bajo el número de radicación 209 de 15 de abril del presente año. La cuenta corresponde al cobro por concepto de mayor valor entre subsidios y contribuciones resultante para el primer trimestre de 1998 por la prestación del servicio de TPBCL en el área de influencia de la empresa” (fl. 24 cuaderno 3).

g).- El 26 del mismo mes y año, la ETB presentó al Fondo de Comunicaciones cuenta de cobro por los subsidios otorgados en el tercer trimestre de 1998 y el 13 de julio siguiente, la cuenta correspondiente al segundo trimestre del año en

mención. En los documentos cita la resolución 099 y el Decreto 3090 de 1997 (fl. 26 cuaderno 2, 64-69 y 70-76 cuaderno 3).

h).- El 17 de julio del año en mención, a través de la resolución n.º 1773, el Ministerio de Comunicaciones estableció la metodología para aplicar el procedimiento de liquidación y transferencias de subsidios de telefonía pública básica conmutada y definió los criterios prioritarios de distribución. Determinó, entre otras cosas, que, si al efectuar la liquidación, el monto de los subsidios es superior a las contribuciones, “(..) **la empresa operadora deberá informar al Fondo de Comunicaciones los recursos faltantes. Dicho déficit será atendido por la empresa operadora de su misma zona territorial, siempre y cuando ésta presente superávit**” (negrillas fuera de texto, fls. 13-18 cuaderno 3).

i).- El 3 de agosto de 1998, mediante la circular n.º 001, el Fondo de Comunicaciones informó a los operadores de la Telefonía Pública Básica Conmutada el contenido de la resolución n.º 001773 de 17 de julio de 1998, en la cual se estableció la obligación de suministrar las proyecciones de subsidios y contribuciones correspondientes a cada trimestre, dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibido de la circular. Para el efecto, adjuntó los formatos base de proyección y liquidación de subsidios y contribuciones. Al tiempo, recordó que, de conformidad con la resolución n.º 009 de 1997 y la comunicación de 30 de marzo, el Fondo establecería los montos de las transferencias de los operadores superavitarios y deficitarios, una vez aplicados los criterios establecidos en la resolución n.º 001778 de 1998.

Lo anterior, anotando, además, que “(..) *en ningún caso el Fondo de Comunicaciones destinar[ía] sus recursos propios o provenientes del Presupuesto General de la Nación al subsidio de las empresas operadoras deficitarias (en contribuciones), toda vez que los recursos del Fondo de Comunicaciones tienen una destinación específica, cual es la inversión social*”. Por último, precisó que “*en concordancia con el artículo 19 del Decreto 2150 de 1995, el Fondo no recibirá cuentas de cobro de ningún operador*” (fls. 10-12 cuaderno 3).

j).- El 8 de septiembre de 1998, la ETB presentó a Fondo de Comunicaciones los formatos de proyecciones de contribuciones y subsidios, correspondientes al balance definitivo de los dos primeros trimestres y las proyecciones del tercer y cuarto trimestre y segundo semestre del año en mención (fl. 32 cuaderno 3).

k).- El 8 de octubre siguiente, la actora presentó a la demandada el balance entre subsidios y contribuciones del tercer trimestre de 1998 y proyección para la vigencia de 1999. Al tiempo, puso de presente un superávit en los cargos tarifarios para 1999, comoquiera que el cálculo se realizó con base en las tarifas de 1998 (fl. 42 cuaderno 3).

De igual forma, la ETB rindió los informes correspondientes al primer, segundo, tercero y cuarto trimestre de 1999 y los correspondientes al año 2000 (fls. 43-150 cuaderno 3).

l).- El 10 de septiembre de 1998, a través de la resolución n.º 11953, la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá ETB S.A. E.S.P. ajustó las tarifas aplicables a los servicios de TPBC, “tendiente a disminuir el déficit”. Para el efecto, i) redistribuyó del cargo fijo como proporción de la factura promedio; ii) aumentó la tarifa de conexión del estrato 4 hasta el valor permitido; iii) aceleró el ritmo de incremento autorizados en las tarifas; iv) eliminó el subsidio para el estrato 3 y v) disminuyó proporcionalmente los subsidios de los estratos 1 y 2 (fls. 127-129 cuaderno 3).

m).- El 27 de diciembre de 1999, mediante el oficio n.º 267894, el Coordinador del Fondo de Comunicaciones respondió la petición de pago presentada por la ETB el 24 de noviembre de 1999, en los siguientes términos:

“En relación con su comunicado del 24 de noviembre de 1999, en el que hace mención a que la ETB tiene un déficit acumulado de más de 22.000 millones de pesos durante 1998 y 1999, el Fondo de Comunicaciones hace las siguientes apreciaciones:

A través de la resolución 1773 de 17 de julio de 1998, el Fondo de Comunicaciones estableció la metodología para la redistribución de los recursos excedentes que salieran producto de la aplicación del régimen de subsidios y contribuciones que deben aplicar los operadores de telefonía pública básica conmutada. En esta se exige la presentación periódica (trimestral) de las

*proyecciones y consolidados de cada uno de los operadores, se evalúa el estado y presentación de la anterior información y **se ordena según las necesidades la distribución de los recursos excedentes dentro de los operadores deficitarios de la región.***

En razón de que no se tiene a la fecha un consolidado de la información, el Fondo de Comunicaciones no ha podido determinar el estado real del régimen de subsidios y contribuciones que hay en el Departamento de Cundinamarca, región a la que la ETB hace parte.

Además, en atención a la circular No. 001 de 3 de agosto de 1998, el Fondo de Comunicaciones estableció que no se destinarían recursos propios al subsidio de empresas operadoras deficitarias en razón de que los recursos del Fondo, según lo establecido en el numeral 2º de la Constitución Política y al artículo 74 numeral 3º literal e) de la Ley 142 de 1994, poseen destinación específica, la inversión en programas de telefonía social.

De acuerdo con lo anterior no es procedente la solicitud de reembolso de los recursos planteada por ustedes” (negrillas fuera de texto, fl. 123 cuaderno 3).

n).- El 23 de marzo de 2001, el director de contabilidad y revisor fiscal de la ETB hicieron constar que el valor neto de subsidios y contribuciones durante el año 1998 ascendió a la suma de \$21 895 851 314 y, en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2000, se registró una cuenta por cobrar por valor de \$22 851 265 000, “*originada en el déficit presentado en la entrega de subsidios y recaudo de contribuciones*”, durante el año en mención. De igual forma, dieron cuenta de que a la fecha la empresa no ha recibido reembolso por dichos conceptos (fls. 138-144 cuaderno 1).

2.1.2 En la actuación obran las declaraciones de los señores Luis Enrique Ramírez Charry y Álvaro Téllez Mosquera, funcionarios de la ETB, quienes dieron cuenta de que la empresa i) presentó los informes trimestrales de subsidios y contribuciones, en los formularios dispuestos para ello por el Ministerio de Comunicaciones y el Fondo de Comunicaciones, de conformidad con las resoluciones 2375 de 1996 y la 1773 de 1998 y ii) solicitó el reembolso de los dineros destinados a los subsidios que consideraba deficitarios, sin obtener el pago reclamado, no obstante haber cumplido con la reglamentación dada por las entidades públicas accionadas (fls. 304-308 cuaderno 1).

2.1.3 De igual forma, en el plenario reposan dos dictámenes periciales, practicados a petición de la parte actora (cuadernos 4 y 5).

2.2.2 Análisis del caso. Decisión desfavorable a los intereses de la parte actora, relativa al reembolso de subsidios. Indebida escogencia de la acción

La Sala encuentra que el daño por cuya reparación la actora adelantó el presente proceso, proviene de decisiones administrativas, proferidas por el Ministerio de Comunicaciones y el Fondo de Comunicaciones, en desarrollo de las funciones que establece la ley, relativas a la reglamentación de la metodología para el reporte y liquidación de subsidios, contribuciones y transferencias, conceptos a los que están obligados los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada, así como de actos administrativos que negaron la petición de reembolso de dineros por el déficit de recursos, presentada por la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

En efecto, mediante la resolución n.º 099 de diciembre de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definió la metodología de aplicación de factores y subsidios y en la resolución n.º 1773 de 1998, el Ministerio de Comunicaciones precisó los criterios de distribución de los excedentes que ingresarían al Fondo, con origen en los operadores superavitarios. Allí reiteró que, en caso de resultar insuficientes los recursos destinados por la normativa vigente, para cubrir los faltantes de operadores deficitarios que calificaran para tal fin, estos continuarían con la opción concedida en la resolución n.º 099, que les autorizó el desmonte de los subsidios. No obstante, según la documentación que aparece relacionada, la ETB solo hizo uso de la facultad concedida en el mes de septiembre de 1998.

En cumplimiento a la normatividad aplicable, en el oficio de 30 de marzo de 1998, la Coordinadora del Fondo de Comunicaciones dio cuenta al Presidente de la ETB que los recursos no podían ser utilizados para cubrir los déficits en que incurrieran los operadores, cuando el monto calculado por concepto de contribuciones fuera inferior al de los subsidios.

En el documento, la funcionaria puso de presente que la Ley 286 de 1996 disponía que, en caso de que los operadores tuvieran excedentes, esto es que

recaudaran un valor superior por contribuciones al valor de los subsidios, trimestralmente debían consignar dichos excedentes al Fondo, el cual los destinaría a inversión social, particularmente en los planes de telefonía social del sector de comunicaciones.

En la circular n.º 001 de 3 de agosto de 1998, el Ministerio de Comunicaciones, por su parte recordó a los operadores de telefonía fija que los recursos del Fondo de Comunicaciones no podían cubrir los déficit en que hayan incurrido para otorgar subsidios a los estratos 1, 2 y 3, los cuales no pudieron ser compensados con los costos de las contribuciones recibidas por los estratos 5 y 6 y por los propietarios de los predios industriales y comerciales.

Precisado lo anterior, el Ministerio de Comunicaciones señaló que *“el Fondo de Comunicaciones no recib[er]á cuentas de cobro de ningún operador”*, por cuanto los recursos tenían una destinación específica, esto es la inversión social en los planes de telefonía social del sector de comunicaciones, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 359 de la Constitución Política.

Y, en el oficio de 27 de diciembre de 1999, la misma funcionaria respondió la petición de la ETB, presentada el 24 de noviembre de 1999, referida al reconocimiento y reembolso de \$22 000 000 000, por el déficit acumulado en los años 1998 y 1999, por concepto de los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3. Dio cuenta a la ETB que no era procedente la solicitud de reembolso.

Como se observa, con la regulación del sistema de subsidios, contribuciones y transferencias, la actora conocía que, en caso de presentarse un déficit, el mismo dependería del cumplimiento de requisitos que la misma normativa consagraba, particularmente, la disponibilidad de recursos reportados y trasladados al Fondo de Comunicaciones, por parte de los operadores que presentaran superávit. El Fondo sería el encargado de distribuir los excedentes de contribución de las empresas superavitarias, quienes, en primera instancia, debían cubrir los subsidios y si existieran excedentes, destinarlos al cubrimiento de los usuarios de las empresas deficitarias de su respectiva zona territorial.

Durante los años 1998 y 1999, la Empresa de Teléfonos de Bogotá incurrió en déficit y, por tanto, solicitó en reiteradas ocasiones al Fondo de Comunicaciones el reembolso de los subsidios.

En el oficio de 30 de marzo de 1998, en la circular 001 de 3 de agosto siguiente y en el oficio de 27 de diciembre de 1999 el Ministerio de Comunicaciones y el Fondo de Comunicaciones expresamente dieron cuenta a los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada y, particularmente a la ETB, i) la imposibilidad de asumir los déficits que se presentaran cuando asumieran mayores costos por subsidios y que no fueran compensados por las contribuciones recibidas; ii) la improcedencia de las solicitudes de reembolsos y iii) la negativa a recibir cuentas de cobro por tales conceptos.

Particularmente, mediante el oficio de 27 de diciembre de 1999, la entidad pública negó a la ETB la solicitud de reembolso de los subsidios. Decisión pasible de ser enjuiciada por la vía de la acción de nulidad, con el objeto de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico.

Dichos actos fueron expedidos en cumplimiento de otras decisiones proferidas por las mismas entidades, referidas a la metodología para el cálculo y liquidación de los subsidios, contribuciones y transferencias, en las que, expresamente se estableció que, en caso de que los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada presentaran déficit, los mismos podrían ser compensados con los excedentes reportados por las empresas de la misma zona territorial que presentaran superávit.

De lo anterior también cabe predicar la posibilidad que tenía la ETB para controvertir la legalidad de la metodología establecida por el Ministerio de Comunicaciones y el Fondo de Comunicaciones.

Es de anotar, por otra parte, que mediante la resolución n.º 099 de 22 de diciembre de 1997, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció las medidas para la aplicación de tarifas a la telefonía pública básica conmutada –TPBC- y, en el numeral 2.3.4 dispuso que, si el monto calculado por

concepto de contribuciones era inferior al monto calculado por concepto de subsidios, el operador podía solicitar al Fondo de Comunicaciones el faltante, de acuerdo con el procedimiento legal previamente establecido; empero, si persistiera el déficit, el operador estaba facultado para eliminar los subsidios del estrato III y disminuir los destinados a estratos I y II, proporcionalmente.

Solo hasta el mes de septiembre del año siguiente, mediante la resolución n.º 11953 de 10 de septiembre de 1998, la ETB adoptó la metodología propuesta en la resolución n.º 099 de 1997 e hizo uso de la facultad que este acto administrativo concediera a las empresas de servicios del sector. De esta manera, procedió a la eliminación de subsidios en el estrato 3 y a la disminución proporcional del subsidio en los estratos 1 y 2. Este hecho evidencia que la ETB contaba, desde la fecha de expedición de la referida resolución, con los mecanismos para reducir eventuales déficits entre contribuciones percibidas y subsidios concedidos. La actora conocía del beneficio otorgado por la resolución n.º 099 de 22 de diciembre de 1997, pues, desde la presentación de la primera cuenta de cobro -30 de marzo de 1998- hizo referencia a ella. Sin embargo, la aplicó a partir de septiembre de 1998.

En este orden de ideas, la demandante no enjuició una operación administrativa, sino las decisiones que le negaron el reconocimiento de los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3, que no fueron compensados con las contribuciones de los estratos 5 y 6 y los predios industriales y comerciales, las que, como tal, gozan de presunción de legalidad, de manera que, para obtener la reparación del daño causado, era del caso controvertir la legalidad de la voluntad de la administración, a través de la acción correspondiente, esto es la consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

Cabe precisar que por operación administrativa se entiende el conjunto de actuaciones orientadas a la ejecución de decisiones legales o administrativas, en cumplimiento o ejecución de la voluntad de la administración, la que,

manifestada por actos no puede ser controvertida por su ejecución, salvo que esta pueda desligarse de su origen⁴. Al respecto, se ha sostenido:

“La operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquellas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. La responsabilidad por la operación administrativa, concebida ésta como el conjunto de actuaciones cumplida dentro de un procedimiento administrativo dado que culmina irregularmente o no culmina, no es nueva en la jurisprudencia de la Sala”⁵.

De manera que los actos referidos, en cuanto manifestación o declaración unilateral de la voluntad de la administración, de contenido particular, produce efectos jurídicos como tal, es decir no es nada distinto a *“un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en el caso individual”⁶.*

En atención a lo expuesto, la Sala encuentra que la sociedad demandante debió presentar en contra de los actos administrativos de los que hace derivar el daño, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A, con la posibilidad, en los términos de la norma, de obtener la reparación de los derechos de orden subjetivo que dice le fueron vulnerados.

Lo anterior al margen de que la parte actora considere que la acción impetrada en el caso concreto correspondía a la de reparación directa, pues del contenido de la demanda y de las pruebas que se encuentran en el plenario se desprende, como ha quedado explicado, que lo alegado está encaminado a controvertir la

⁴ Consejo de Estado, Sección, Sección Primera, Sentencia de agosto 26 de 2004, rad 66001-23-31-000-2000-0057-01 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Sentencia de 17 de agosto de 1995, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 7095.

⁶ MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 126.

voluntad de la administración y a solicitar la reparación de los daños producidos con la ilegalidad que se alega.

Ahora, como se confronta la decisión de la administración pero no se utilizó la vía apropiada, esta Sala nada podría avanzar sobre su legalidad, la que permanece incólume y, por ende no se le puede imputar la generación de daños.

En relación con la acción que procede interponer, con miras a reclamar la reparación de un daño, bien sea por un hecho, un acto, una operación administrativa, un contrato estatal o la ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles, la Sala ha reiterado en múltiples ocasiones que no depende de la liberalidad del actor sino de lo previsto en la ley, dependiendo de las pretensiones que se aduzcan en el libelo, las cuales, a su vez, están sujetas al origen del daño por el cual se pretende reclamar.

En este orden de ideas, la Sala ha señalado que la acción procedente para reparar daños generados por la administración tiene que ver con el origen de los mismos, de manera tal que, si el perjuicio se deriva de actos administrativos, como se estableció en el *sub exámine*, debe acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Criterio que tiene por fundamento, además del texto del art. 85 del CCA., la condición de que si el daño fue generado por una decisión contraria al ordenamiento jurídico, para que la reparación sea posible será necesario dejarla sin efectos dada la presunción de legalidad que la acompaña –se destaca-:

“La acción de reparación directa, consagrada en el art. 86 del CCA., si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, la primera sólo será procedente en los casos en que el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble o, incluso, por un acto administrativo legal; en cambio, la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño sea un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad.

Debe recordarse que, la procedencia de una u otra acción y su elección por parte del demandante tienen relación con el debido proceso del demandado, de

*ahí que no puede entenderse la indebida escogencia de la acción como un simple defecto formal de la demanda*⁷.

Cabe recordar que, en esta materia, el juez no tiene la posibilidad de modificar la acción incoada por el demandante, en la medida en que la *litis* se limita a lo expresado en la demanda.

Así lo ha sostenido esta Corporación:

*“Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa”*⁸.

Si se tiene en cuenta lo anterior, sumado a la consideración de que la demandante alegó como daño el déficit acumulado por los años 1998 y 1999, respecto del cual la administración respondió a través de actos administrativos, fácil resulta inferir que la acción de reparación no era la pertinente.

Si bien la parte actora insistió en la procedencia de la acción de reparación directa y en la inexistencia de un acto administrativo que controvertir, las pruebas que reposan en la actuación dan cuenta de lo contrario. La controversia que la Empresa de Teléfonos de Bogotá formula fue resuelta en decisiones pasibles de las acciones de legalidad, con miras a resolver si la administración resolvió debidamente y si estaba obligada al restablecimiento del derecho, en razón de lo resuelto. Dicho análisis no puede realizarse bajo la vía de la reparación directa, comoquiera que como media la voluntad expresado por la administración mediante un acto, las pretensiones de restablecimiento no pueden ser objeto de pronunciamiento en el *sub lite*, pues ello hace parte de otro mecanismo de acción judicial. Los cargos relativos a la falta de información e inducción a la duda y la causación de los perjuicios debieron ventilarse mediante la acción de nulidad.

⁷ Al respecto pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 2001, exp. 20678 y de 28 de abril de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 18530.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de noviembre 17 de 1995, exp. 1468. C.P. Miren de la Lombana de Magyaroff.

Por último, cabe anotar que, si bien las resoluciones n.º 000682 de 19 de octubre de 2006; 000824, 000832 y 000837 de 28 de noviembre de 2006, fueron aportadas por la demandada sin cumplir los requisitos de oportunidad de que trata el artículo 214 del C.C.A., la Sala no puede pasar por alto que se expidieron para redistribuir los excedentes de contribución de los operadores superavitarios del servicio de telefonía pública básica conmutada, a empresas deficitarias del mismo servicio en el ámbito nacional, correspondientes al tercer y cuarto trimestre de 1998, tercer trimestre de 2000 y cuarto trimestre de 2001, decisiones notificadas a la ETB el 22 de diciembre de 2006 y que, en parte, lo resuelto coincide con los conceptos reclamados en el *sub lite* y que, a la postre, son el resultado de la petición de reembolso realizada por la actora. Esto, confirma aun más la improcedencia de la acción.

En este orden de ideas, la Sala modificará la sentencia, en la medida en que lo que procede es inhibirse por indebida escogencia de la acción, comoquiera que la demanda en forma constituye presupuesto de una sentencia de mérito y, por tanto, impide realizar un pronunciamiento de fondo.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

F A L L A

MODIFICAR la sentencia de 23 de febrero de 2005, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- DECLARAR fundada la excepción de “*ineptitud sustancial de la demanda*”, propuesta por la entidad pública demandada.

SEGUNDO.- INHIBIRSE por indebida escogencia de la acción.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera

CARLOS BETANCOURTH JARAMILLO

Conjuez