

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

REF.: Expediente núm. 2013-00758-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 18 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actora: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. -ETB S.A. E.S.P.-

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de junio de 2014, proferida por la Sección Primera -Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaran no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se deniegan las súplicas de la demanda y se condena en costas a la parte actora.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. –ETB S.A. E.S.P.-, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se declarara la nulidad de las Resoluciones núms. 002234 de 28 de septiembre de 2012, por medio de la cual se adopta una decisión sobre el reconocimiento del déficit generado por la aplicación de la Ley 812 de 2003, expedida por el señor Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; 002754 de 19 de noviembre de 2012, por la cual se resuelve el recurso de reposición, expedida por la señora Viceministra de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargada de las funciones del Despacho del Ministro; y que, a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio mencionado a reconocer y pagar a la demandante la totalidad de la suma que se le adeuda por concepto de déficit generado por la aplicación de la Ley 812 de 2003.

I.2- Los hechos de la demanda.

La Sala resume a continuación los fundamentos fácticos relacionados por la parte actora en su demanda, así:

Que en el artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, se autorizó a la Nación a presupuestar los recursos necesarios para pagar el déficit entre subsidios y contribuciones derivados de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Que el Decreto 2766 de 2012, modificadorio del Decreto 5052 de 2009, exige, para determinar el cálculo del déficit, únicamente la verificación de los subsidios y contribuciones reportados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; con esta información se calcula la diferencia trimestral entre los dos valores y se actualizan con base en el índice de precios al consumidor -IPC- hasta el momento de la expedición de las resoluciones de pago.

Que el artículo 1º de la Resolución núm. 001495 de 5 de agosto de 2010, expedida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, estableció el término para que los proveedores de redes y servicios de TPBCL y TPBCLE presentaran ante la Oficina de Coordinación del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los estudios de cuantificación del déficit.

Que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. (en adelante ETB S.A. E.S.P.), presentó estudio de cuantificación de déficit a

través de escritos con radicados núms. 367101 y 368217, los días 5 y 11 de agosto de 2010, respectivamente.

Que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, Ministerio de las TIC) contrató con la firma E-CONESTUDIOS S.A.S., la verificación del cumplimiento de los límites señalados en la Ley 142 de 1994, respecto de la aplicación de los subsidios con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, según lo señalado en los contratos núms. 017 y 022 de 2010, suscritos con la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia.

Que el 12 de noviembre de 2010, la firma E-CONESTUDIOS S.A.S., certificó que la ETB S.A. E.S.P cumplió con los límites previstos en la Ley 142 de 1994.

Que con base en el estudio de cuantificación realizado por E-CONESTUDIOS S.A.S., y el presentado por la ETB S.A. E.S.P., la Oficina de Coordinación del FONTIC determinó que existía un déficit entre los subsidios otorgados y las contribuciones recaudadas por un valor de \$49.725'400.562.00.

Que el Ministerio de las TIC, a través de Resolución núm. 002234 de 28 de septiembre de 2012, decidió reconocer como déficit de la ETB S.A. E.S.P., la suma de \$13.745'083.073.oo.

Que el 9 de octubre de 2012, la ETB S.A. E.S.P., interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo antes mencionado, que fue resuelto mediante Resolución núm. 002754 de 19 de noviembre de 2012, confirmando el acto recurrido.

I.3-Considera la parte actora que con la expedición del acto administrativo acusado se violaron las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia, artículos 29 y 83.
- Ley 1437 de 2011, artículos 34, 58, 137 y 138.
- Ley 812 de 2003, artículos 1º y 116.
- Ley 1341 de 2009, artículo 69.
- Decreto 5052 de 2009, artículo 5º.

Fundamentó, en síntesis, el alcance de **Concepto de Violación**, así:

Que las pruebas en las que se fundamentó el Ministerio de las TIC fueron obtenidas con violación al debido proceso, por la existencia de un estudio

elaborado por la firma GÓMEZ CONSULTORES S.A.S., respecto del cual la ETB S.A. E.S.P., nunca tuvo conocimiento de su contenido sino hasta el momento de la expedición de la Resolución núm. 002234 de 28 de septiembre de 2012, prueba que fue determinante para la reducción del monto del déficit de \$49.725'400.562.00 a la suma de \$13.745'083.073.00.

Que el hecho de que el acto administrativo demandado haya sido suscrito por el Ministro de las TIC, no es suficiente para subsanar la ilegalidad que reviste la delegación que se presentó en el procedimiento administrativo, motivo por el cual la prueba practicada en esas condiciones es nula de pleno derecho.

Manifiesta que a la empresa actora no se le corrió traslado del estudio elaborado por la empresa GÓMEZ CONSULTORES S.A.S. con el fin de controvertirlo, pues, en realidad constituye un dictamen pericial, según lo estatuido en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, aunque realizado a través de la metodología de "informe".

Que la falta de traslado de la prueba en mención no puede subsanarse tampoco con la interposición de los recursos de vía gubernativa, porque la finalidad de estos no es la de controvertir las pruebas practicadas durante

el procedimiento administrativo previo.

Asegura que con el primer estudio elaborado por E-CONSULTORES S.A.S., que estableció la suma de \$49.725'400.562.00, como déficit a reconocer por parte del Ministerio, se generó una confianza legítima para ETB S.A. E.S.P., porque con la cuantificación del déficit se había concluido el procedimiento administrativo y solo era procedente la actualización de dicha suma para su pago, empero, se incluyeron nuevas pruebas sin que se respetaran las formas propias de cada juicio.

Señala que con la expedición de las Resoluciones demandadas se vulneró el principio de "*non venire contra Facttum proprium*", según el cual a nadie le está permitido venir contra sus propios actos, por cuanto la Administración reconoció un derecho al interior de un procedimiento que generó una confianza legítima para el administrado y, no obstante haber culminado una actuación en los actos demandados, se reconoció una cifra inferior por concepto de déficit entre los subsidios otorgados y las contribuciones recaudadas, afectando de manera directa la seguridad jurídica que se creó con la determinación del primer monto de déficit establecido por el Ministerio de las TIC.

Indica que el Ministerio de las TIC incurrió en un error de derecho en la

valoración de los hechos que originaron el cambio en la cuantificación del déficit, pues si bien la ETB S.A. E.S.P. decidió bajar las tarifas de los servicios, lo cierto es que tal decisión estuvo soportada en un concepto emitido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones con número de radicación 200451595 de 24 de agosto de 2004.

Argumenta que el Ministerio de las TIC, respecto de la determinación de las tarifas, no tuvo en cuenta la libertad tarifaria que tienen los prestadores de servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con lo normado en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, esto es, que la disminución de la tarifa, que fue un motivo determinante para que el Ministerio desconociera el pago total del déficit generado a ETB S.A. E.S.P., fue conocido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por cuanto las tarifas fueron registradas oportunamente.

En su opinión, en caso de que se hubiera constatado un incumplimiento de un acto administrativo o de una norma a la cual debía someterse la ETB S.A. E.S.P., la autoridad competente para sancionar esa conducta es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

Agrega que las decisiones de CORRECCIÓN y ACLARACIÓN se deben tomar independientemente, porque, o se hace una aclaración como lo establece el artículo 309 del C. de P.C., o se hace una corrección de errores aritméticos cuya regla está en el artículo 310 de la misma obra, o es lo uno o es lo otro; y aquí en los autos ya mencionados se motivó de conformidad con una corrección de errores aritméticos, como lo establece el artículo 310 del C. de P. C., los cuales proceden en casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella y se decidió con aclaraciones las cuales están establecidas en el artículo 309 ibídem, que no es lo mismo.

Sostiene que no le correspondía al Ministerio determinar si las tarifas establecidas por una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios son ilegales y como consecuencia de ello si los déficits generados no deben ser reconocidos.

Afirma que la ETB S.A. E.S.P. podía reducir las tarifas o aumentarlas en un porcentaje menor al IPC aún en vigencia de la Ley 812 de 2003, siempre que se sujetara a lo previsto sobre el particular en la Ley 142 de 1994, lo cual de igual manera generaría un déficit que debía ser reconocido por el Ministerio en un 100%.

I.4-La demanda fue oportunamente contestada por el apoderado judicial de la entidad demandada, quien en su escrito señaló:

Que para el reconocimiento del déficit generado a la empresa ETB S.A. E.S.P., con ocasión de la expedición de la Ley 812 de 2003, el Ministerio analizó la información contenida en el Sistema Único de Información (SUI) y se verificó en el registro de datos de cargo fijo y cargo variable que consta en dicho sistema para el período comprendido entre abril de 2004 y diciembre de 2005, teniendo en cuenta la obligación que tenía aquella, de ajuste tarifario con respecto al IPC, se determinó el déficit generado.

Que la ETB S.A. E.S.P. presentó en forma oportuna un estudio de cuantificación de déficit que fue analizado por la firma E-CONSULTORES S.A.S., con el propósito de verificar el cumplimiento de los límites señalados en la Ley 142 de 1994, en cuanto a la aplicación de los subsidios con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Manifiesta que una vez efectuada la verificación, le fue comunicado a la empresa demandante que el déficit que se reconocería ascendía a la suma de \$49.725'400.562.00, monto éste que se debía actualizar al momento

en que se expidiera el acto administrativo de reconocimiento.

Que, no obstante lo anterior, el Ministerio, con fundamento en un control de advertencia enviado por la Contraloría General de la República y considerando que debían tenerse en cuenta todos los insumos necesarios para determinar el total del cumplimiento de las condiciones aplicables para los subsidios generados por el déficit, estableció que se debía realizar una verificación adicional teniendo en cuenta el deber de los proveedores de ajustar el alza de las tarifas de los estratos 1 y 2 con sujeción a la variación del IPC.

Respecto de la vulneración del derecho constitucional al debido proceso, indica que la actuación administrativa del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que culminó con los actos administrativos demandados, se sujetó en todo momento a dicho postulado, y que la parte actora contó con el mecanismo del recurso de reposición para controvertir la decisión adoptada respecto del reconocimiento del déficit.

Culmina proponiendo la excepción de presunción de legalidad de los actos administrativos, ya que los mismos fueron proferidos de conformidad con la Constitución y la Ley, así como cualquier otra que resulte comprobada

dentro del trámite probatorio en el presente proceso.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante la sentencia impugnada declaró no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora, teniendo en cuenta las consideraciones que a continuación se resumen:

Respecto del cargo relacionado con la violación al debido proceso, señaló:

Que no se vulneró el derecho constitucional al debido proceso de la parte actora por el hecho de que no se hubiera decretado y corrido traslado del informe realizado por la empresa GOMEZ CONSULTORES S.A.S., puesto que el análisis de la cuantificación del déficit se realizó con base en una información pública que fue registrada por la propia empresa demandante en el Sistema Único de Información (SUI) que, entre otras funciones, tiene la de evitar la duplicidad de información relativa a los servicios públicos domiciliarios, por manera que dicho estudio no tiene la naturaleza jurídica de prueba, sino simplemente de informe técnico para

instrumentar la adopción de la decisión y, por consiguiente, no era obligatorio disponer o efectuar un traslado de dicho informe al proveedor ETB S.A. E.S.P., lo que pone en evidencia la ausencia de mérito del cargo de nulidad esgrimido bajo la denominación de violación al debido proceso.

Que en relación con el argumento referido a que por el hecho de la elaboración de un segundo análisis del déficit por parte de la firma GOMEZ CONSULTORES S.A.S., el Ministerio de las TIC delegó sus funciones en dicha empresa, adujo que no le asiste razón a la parte actora en la medida en que tal delegación nunca existió, pues la entidad demandada simplemente hizo uso de un recurso técnico para instrumentar en legal forma la decisión que correspondía adoptar.

Que, en ese orden de ideas, como quiera que el informe que sirvió de fundamento para el reconocimiento del déficit a la parte actora en los actos demandados fue elaborado por el Ministerio de las TIC, con el fin de acatar en forma estricta y en toda su dimensión la obligación que corresponde sobre el particular, concluye que aquél no reviste el carácter de prueba pericial, como lo pretende hacer ver la parte accionante, motivo por el cual el Ministerio no debía correr traslado de su contenido a la ETB S.A. E.S.P. porque, reitera, fue elaborado para verificar la cuantificación del déficit realizado por dicha empresa, por lo que el cargo

no está llamado a prosperar.

Respecto del cargo relacionado con la violación al principio de la buena fe, manifestó:

Que el hecho de que el Ministerio hubiera informado a la parte actora una aproximación de la suma a reconocer por concepto de déficit, no podía ser considerado por aquella como el definitivo, toda vez que la decisión respecto del reconocimiento se debía adoptar, como efectivamente aconteció, con la expedición de los actos administrativos demandados.

Que, sumado a lo anterior, se tiene que con ocasión del mensaje de advertencia por parte de la Contraloría General de la República, acerca de un posible detrimento patrimonial con los reconocimientos de déficits derivados de la aplicación de la Ley 812 de 2003, el Ministerio de las TIC se vio compelido a extremar las medidas de diligencia y cuidado en la verificación de la cuantificación del déficit presentado por los proveedores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, razón por la que el monto de la suma que se indicó que se reconocería, tuvo variación por cuanto el estudio que se efectuó para verificar el acatamiento de la norma vigente respecto de la variación de las tarifas conforme al IPC, arrojó como resultado que no se habían aplicado tales parámetros, circunstancia que redundó en la simulación del déficit finalmente reconocido en los

actos administrativos atacados.

Que contra la decisión definitiva la parte actora podía hacer uso del recurso procedente, esto es, el de reposición, medio de impugnación que efectivamente ejerció y en el que expuso los argumentos que consideró pertinentes para rebatir la decisión adoptada por la Administración, motivos por los cuales el cargo tampoco está llamado a prosperar.

Respecto del cargo relacionado con la violación de normas sustantivas indicó el a quo, que el Ministerio demandado no desconoció las normas sustantivas que regulan el procedimiento administrativo que culminó con la expedición de las Resoluciones demandadas, por cuanto el artículo 116 de la Ley 812 de 2003 consagra un mandato claro para los proveedores en cuanto a la aplicación de la tarifa conforme a la variación del IPC, precepto este que fue incumplido por la parte accionante y por tal razón se disminuyó el monto reconocido en los actos demandados.

Finalmente, que el Ministerio no incurrió en extralimitación de las funciones legalmente asignadas por el hecho de indicarle a la empresa actora que no se ajustó a los parámetros establecidos en el artículo 116 de la Ley 812 de 2003, porque es, precisamente, a esa entidad a quien le corresponde determinar y reconocer el monto del déficit a través de la

respectiva resolución, con la previa verificación de la cuantificación que realice el proveedor del servicio a términos de lo previsto en el Decreto 5052 de 2009, es decir, que tal manifestación respecto de las inconsistencias presentada en los registros del año 2004, se encuentra dentro de sus funciones de verificación, para efectos de establecer en forma real el monto del reconocimiento del déficit entre las contribuciones y los subsidios.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante, dentro del término procesal correspondiente, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

- DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.-

Manifiesta la apelante que el punto de disconformidad respecto de la sentencia apelada, se refiere de manera exclusiva a la naturaleza jurídica que se asignó a dicho informe, y a las consecuencias que de ello se derivaron, las cuales son contrarias al ordenamiento jurídico.

En su opinión, el informe técnico no puede tener una naturaleza jurídica diferente a la de medio de prueba. Siendo ello así, al interior del procedimiento administrativo debió haberse garantizado su contradicción, de lo contrario la prueba sería nula de pleno derecho, y el acto administrativo dictado con base en ella, expedido con violación al derecho de audiencia y de defensa.

Asegura que las violaciones a este tipo de derechos constitucionales, tal como se indicó en la demanda, son causales de nulidad de los actos administrativos.

- DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE.-

Manifiesta que su inconformidad con la sentencia de primera instancia se reduce esencialmente al hecho de que su análisis parece negar la existencia del principio de confianza legítima que generan las actuaciones de la Administración pública.

Considera la apelante que el hecho de que el Ministerio hubiera informado a la ETB S.A. E.S.P., una aproximación de la suma a reconocer por concepto de déficit, generó una expectativa legítima que luego, súbitamente fue cambiada en los actos administrativos demandados.

Agrega que la sentencia apelada debe ser revocada, pues en la misma no hubo análisis alguno sobre la prohibición de "venir" contra los actos propios.

Indica que la sentencia del Tribunal es una invitación a desconocer la credibilidad de los actos de la Administración, a sorprender de manera intempestiva a los particulares, a no actuar con seriedad en los procedimientos administrativos, a olvidar la prohibición de "venir" contra los actos propios y a eliminar de tajo todos los efectos del principio de buena fe, solamente porque de manera ex post se determina que no era un acto definitivo, a pesar de que

estos actos señalaban que solo faltaba la actualización de los valores.

- DE LA VIOLACIÓN A LAS NORMAS SUSTANTIVAS.-

Manifiesta que en la demanda se pusieron de presente algunas violaciones de las normas sustantivas en que debían fundarse los actos administrativos demandados, y que ese desconocimiento fue desechado por el Tribunal en la sentencia apelada.

Indica que la fijación de las tarifas con base en el IPC, no debe ser considerada como una obligación para los proveedores, sino más bien, como un tope, razón por la cual el Ministerio se extralimitó en el ejercicio de las funciones legalmente asignadas, por cuanto señaló que la ETB S.A. E.S.P. no aplicó las tarifas de conformidad con esa variación mensual.

Expresa que, de conformidad con el Oficio núm. 200432295, de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, entidad encargada de

determinar las tarifas del sector, se dejó claro que sí era posible reducir la tarifa. De la misma manera, se señaló que el incremento del IPC era un tope máximo y no una variación obligatoria de carácter absoluto.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Agencia del Ministerio Público, en la oportunidad procesal correspondiente, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En orden a estudiar el asunto que nos ocupa, la Sala analizará los siguientes puntos: 1. Del contenido de los actos administrativos acusados; 2. El problema jurídico en la apelación; y 3. Los cargos endilgados a los actos acusados.

1. Del contenido de los actos administrativos acusados.

Los actos administrativos demandados se relacionan, en lo pertinente, a continuación:

"RESOLUCIÓN NÚMERO 002234 DE 2012"
(28 de septiembre)

'Por la cual se adopta una decisión sobre el reconocimiento del déficit generado por la aplicación de la Ley 812 de 2003'

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le confiere la Ley 1341 de 2009, el Decreto 5052 de 2009, el Decreto 2766 de 2010, la Resolución 01495 de 2010, el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO:
(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.-RECONOCER como déficit de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB S.A. E.S.P., en el ámbito de la Ley 812 de 2003, un monto de Trece Mil Setecientos Cuarenta y Cinco Millones Ochenta y Tres mil Setenta y Tres Pesos (\$13.745'083.703 m/l).

(...)"

"RESOLUCIÓN NÚMERO 002754 DE 2012"
(19 de noviembre)

'Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 002234 del 28 de septiembre de 2012, por la cual se adopta una decisión sobre el reconocimiento del déficit generado por la aplicación de la Ley 812 de 2003'

La Viceministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargada de las funciones del Despacho del Ministro Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le confiere la Ley 1341 de 2009, el Decreto

5052 de 2009, el Decreto 2766 de 2010, la Resolución 01495 de 2010, el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO:

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 002234 del 28 de septiembre de 2012, por la cual se adopta una decisión sobre el reconocimiento del déficit generado por la aplicación de la Ley 812 de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

(...)”.

2. El problema jurídico en la apelación.

Considera la Sala que el problema jurídico que se plantea en sede de la apelación es el mismo presentado por la demandante en la primera instancia, consistente en determinar la ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados por ser vulneratorios de los derechos constitucionales de debido proceso administrativo, los principios de confianza legítima y de *non venire contra Factum proprium*, así como de las normas sustantivas en que debió fundarse.

3. Los cargos endilgados a los actos acusados.

a). De la violación al debido proceso en el caso concreto.

Sea lo primero señalar, que conforme se ha reiterado en diversos pronunciamientos, la garantía del debido proceso es una herramienta de carácter constitucional que se ha consagrado para proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto de las formas propias de cada juicio. Es por ello que el artículo 29 de la Constitución Política lo consagra expresamente "*...para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*".

Así, entonces, las controversias procedimentales que surjan de cualquier tipo, requieren de la consagración de una regulación previa, de manera que ninguna actuación de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos y trámites señalados previamente en la Ley y/o los Reglamentos.

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la Administración e igualmente el derecho a pedir y controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

En el presente caso, observa la Sala del expediente, lo siguiente:

Que el artículo 1º de la Resolución núm. 001495 de 5 de agosto de 2010, “por la cual se fija el trámite para el reconocimiento y pago del déficit generado de la expedición de la Ley 812 de 2003 y se establecen otras disposiciones”, fijó como fecha límite el 13 de ese mes y año, para que todos los operadores de redes y servicios de TPBCL y TPBCLE, que hubiesen registrado déficit durante el período comprendido entre julio de 2003 y diciembre de 2006, presentaran a la Oficina de Coordinación del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, los estudios de cuantificación del déficit.

En virtud de lo anterior, la sociedad ETB S.A. E.S.P., presentó el estudio de cuantificación con radicados núms. 367101 y 368217 de fechas 5 y 11 de agosto, respectivamente.

El Ministerio de las TIC, a través del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, FONTIC), contrató a la firma E-CONESTUDIOS S.A.S. para efectuar la verificación del cumplimiento de los límites señalados en la Ley 142 de 1994, en cuanto a la aplicación de los subsidios a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En desarrollo de dicha contratación, y según comunicación de fecha 12 de noviembre de 2010, la Representante Legal de la firma E-CONESTUDIOS S.A.S., certificó que la sociedad ETB S.A. E.S.P. cumplía con los límites señalados.

Cumplido el trámite establecido en la Resolución núm. 001495 de 2010, y a partir del estudio de cuantificación realizado por la firma E-CONESTUDIOS S.A.S. y el presentado por el proveedor, la Oficina de Coordinación del FONTIC determinó que para la sociedad ETB S.A. E.S.P., se presentaba un déficit entre los subsidios otorgados y las contribuciones recaudadas para el período comprendido entre julio de 2003 y diciembre de 2006, que ascendía a la suma de \$49.725'400.562.oo.

El Ministerio estableció la necesidad de verificar si durante el período de aplicación de la Ley, en cada uno de los meses, los subsidios no excedieron los montos que hubieran resultado en aplicación de las reglas que para el efecto se establecieron en cuanto a la variación de tarifas de los estratos 1 y 2. Para ello se requirió, mediante comunicación núm. 468976 del 21 de junio de 2011, a la sociedad ETB S.A. E.S.P., respecto de cómo variaron sus tarifas en ese período de tiempo.

El día 20 de enero de 2012, la Contraloría General de la República, mediante oficio dirigido al Ministro de las TIC, advirtió sobre el riesgo fiscal que se podría generar por las obligaciones derivadas del artículo 69 de la Ley 1341 de 2009.

El Ministerio, atendiendo al control de advertencia antes indicado, celebró el contrato núm. 009456 de 2012 con la firma GÓMEZ CONSULTORES S.A.S., cuyo objeto fue el de apoyar a aquél y al FONTIC en la verificación de la información y elementos argumentales que se reciban de los proveedores de TPBCL, respecto de la aplicación de la Ley 812 de 2003 en materia del déficit de que trata el artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, así como en materia de verificación de la causación de subsidios realizados por los proveedores de TPBCL.

En virtud de lo anterior, se efectuó un estudio complementario respecto del cumplimiento de la variación tarifaria de la sociedad ETB S.A. E.S.P., relacionada con sus tarifas de estratos 1 y 2 así como para los consumos de subsistencia, de modo tal que de haberse generado un subsidio mayor al que se debía causar, según la obligación de variar la tarifa con el IPC, procedía un ajuste al déficit calculado previamente.

Mediante Resolución núm. 002234 de 28 de septiembre de 2012, el Ministro de las TIC reconoció como déficit a la sociedad ETB S.A. E.S.P., la suma de \$13.745'083.073.00.

Finalmente, mediante Resolución núm. 002754 de 19 de noviembre de 2012, la Viceministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargada de las funciones del Despacho del Ministro, resolvió el recurso de reposición interpuesto confirmando en todas sus partes la Resolución núm. 002234 de 28 de septiembre de 2012.

El artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, establece:

“Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos para TPBCL y TPBCLE, destinarán directamente a sus usuarios de estratos 1 y 2, la contraprestación de que trata el artículo 36 de la presente ley por un período de cinco (5) años, contados a partir del momento en que dicho artículo se reglamente. Durante este periodo se continuará aplicando el esquema de subsidios que establece la Ley 142 de 1994.

Autorízase a la Nación a presupuestar los recursos necesarios para pagar el déficit entre subsidios y contribuciones derivados de la expedición de la Ley 812 de 2003. La Nación pagará el ciento por ciento del monto del déficit generado por la Ley 812 en las siguientes tres (3) vigencias presupuestales a la aprobación de la presente ley, para lo cual se tendrá en cuenta la verificación que realice el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del cumplimiento de los límites, en cuanto a subsidios, derivados de la aplicación de la Ley 142 de 1994.

El déficit generado en el período de transición que no sea posible cubrir con el valor de la contraprestación que trata el artículo 36, será cubierto anualmente por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de acuerdo con los informes presentados en los formatos definidos para tal fin”.

Con base en dicha disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 5052 del 29 de diciembre de 2009, en el que se establece, en los artículos 3º al 6º, el procedimiento de cuantificación y pago del déficit a los operadores de los servicios de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL) y telefonía pública básica conmutada extendida (TPBCE).

En el artículo 3º del citado Decreto se previó:

*“CUANTIFICACIÓN DEL DÉFICIT.- **Para determinar el monto real a pagar** del déficit entre subsidios y contribuciones derivado de la Ley 812 de 2003, teniendo en cuenta el cumplimiento de los límites, en cuanto a subsidios, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994, **se seguirá el siguiente procedimiento:**” (destaca la Sala).*

En el artículo 5º, ibídem, se señala que:

*“VERIFICACIÓN DEL DÉFICIT.- **El Ministerio** de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **una vez recibido el estudio por parte de los proveedores,***

verificará el cumplimiento de los límites, en cuanto a subsidios, derivados de la aplicación de la Ley 142 de 1994. Para tal fin, el Ministerio contará con un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de radicación del estudio respectivo” (se resalta extra texto).

Observa la Sala, de las disposiciones transcritas, que existe un deber legal por parte de la Administración de verificar el cumplimiento de los límites, en materia de subsidios, derivados de la aplicación de la Ley 142 de 1994, con posterioridad al estudio presentado por parte de los proveedores.

En el caso concreto, la inconformidad por parte del recurrente, estriba en la falta de traslado del estudio realizado por la sociedad GOMEZ CONSULTORES S.A.S., y que, en su sentir, sirvió de fundamento para el reconocimiento de la suma de \$13.745'093.073.00 a favor de la parte demandante. Sin embargo, de conformidad con el contrato celebrado, la obligación de ésta no fue la de actuar como parte dentro de la actuación administrativa, que culminó con los actos demandados, sino la de apoyar al Ministerio de las TIC y al FONTIC, en la verificación de la información y elementos argumentales que se reciban de los proveedores de TPBCL respecto de la aplicación de la Ley 812 de 2003 en materia del déficit, de que trata el artículo 69 de la Ley 1341 de 2009.

Lo anterior, significa para la Sala, que el Ministerio, en ejercicio de su obligación legal, verificó la información suministrada por parte de los proveedores, con el propósito de tomar una decisión real en cuanto al reconocimiento del verdadero déficit causado.

Precisamente, los proveedores, y en esta caso particular la ETB S.A. E.S.P., disponen del ejercicio de los recursos establecidos en la ley, con el objeto de respetar su debido proceso constitucional, tal como efectivamente lo hizo al incoar el respectivo recurso de reposición.

Colige la Sala, pues, del recuento procesal antes descrito, y del cual obra prueba en el expediente, que a la parte demandante se le respetó en todo momento su debido proceso constitucional administrativo, toda vez que las decisiones adoptadas se tomaron con el análisis de las pruebas allegadas a la actuación administrativa y en ejercicio del deber que le asiste al Ministerio demandado de verificar la información suministrada por los proveedores de los servicios de TPBCL y TPBCLE.

Si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la Administración que le afecte sus intereses, tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o

modifique, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia T-1021 de 2002.

En este sentido, el derecho constitucional fundamental del debido proceso administrativo del actor no se vulneró dentro del procedimiento administrativo de cuantificación y pago del déficit a los operadores de los servicios de telefonía mencionados, por el hecho de no haber corrido traslado de tal informe. Y si, a su juicio, lo establecido en el referido informe no se ajustaba a la realidad, debió por lo menos en esta instancia judicial solicitar una prueba similar con el fin de desvirtuarlo, lo cual no hizo.

Sobre este aspecto, es pertinente traer a colación la Jurisprudencia de esta Sección, que ha sido reiterada en diversos pronunciamientos, según la cual la prosperidad de un cargo, como el aquí analizado, exige por parte de quien la formula, de dicha carga probatoria.

En efecto, la Sala en sentencia de 17 de marzo de 2000 (Expediente núm. 5583, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que ahora se prohija, precisó:

“... Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se

decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, empero, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito, como se desprende del examen de los folios 4 a 5, del expediente núm. 4717 y 6 a 7, del expediente núm. 5969, con lo cual quedó en el limbo el efecto útil, determinante o revelador de los elementos de convicción que no fueron decretados. ...”.

De igual forma, manifiesta el recurrente que *“en caso de que se hubiera constatado un incumplimiento de un acto administrativo o de una norma a la cual debía someterse la ETB S.A. E.S.P., la autoridad competente para sancionar esa conducta es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones”*.

En este punto, resalta la Sala que el Ministerio demandado no ejerció facultad sancionatoria alguna respecto de la demandante; su competencia y potestades en el presente asunto se limitaron a verificar y establecer el monto del déficit a reconocer a la sociedad ETB S.A. E.S.P. por concepto de subsidios y contribuciones derivados de la expedición de la Ley 812 de 2003, facultad está consagrada en las disposiciones legales citadas con

anterioridad, entre otras, en el artículo 2º del Decreto 5052 de 2009, que impone a dicho Ministerio la obligación legal de reconocer los montos por el concepto mencionado, así como también el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1341 de 2009, que establece el otrora deber de verificación que efectúa el Ministerio de las TIC en relación con el cumplimiento de los límites, en cuanto a subsidios, derivados de la aplicación de la Ley 142 de 1994.

Así pues, recaba la Sala en que se trata de una competencia definida para la entidad pública demandada en el ejercicio de las facultades de verificación y reconocimiento que culminaron con la expedición de los actos administrativos enjuiciados, mas no de la imposición de una sanción ante el incumplimiento de un acto administrativo o de una norma.

Por lo anterior, para la Sala, no tiene vocación de prosperidad el cargo en estudio.

b). De violación a los principios de confianza legítima y de “*non venire contra Factum proprium*”.

Manifiesta la apelante, en síntesis, que el hecho de que el Ministerio de las TIC hubiera informado a la ETB S.A. E.S.P., una aproximación de la

suma a reconocer por concepto de déficit, generó una expectativa legítima que luego, súbitamente, fue cambiada en los actos administrativos demandados.

Respecto de la noción y alcance del principio de la confianza legítima, la Corte Constitucional ha sostenido:

“Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse”¹.

La sentencia C-478 de 1998 establece que:

“[...] se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.

En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios

¹Corte Constitucional, sentencia C-360 de 1999.

que le permitan adaptarse a la nueva situación” (resalta la Sala).

Además, este principio ha sido delimitado con más detalle por la Corte Constitucional en sentencias como la T-566 de 2009, en la que se dijo:

“[...] la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados. Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado [...]”.

En el caso concreto, observa la Sala que el hecho de que el Ministerio de las TIC, hubiera informado una aproximación de la suma a reconocer por concepto de déficit, no debió generar una expectativa seria y razonable en cabeza de la demandante, ya que dicho informe se produjo en medio de una actuación administrativa que tenía por objeto identificar, previo proceso de verificación, el monto a pagar por concepto de déficit a los operadores de TPBCL y TPBCLE, y que debía culminar con un acto administrativo definitivo.

De conformidad con la sentencia T-295 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, el respeto del acto propio requiere de tres (3) condiciones para que pueda ser aplicado:

"A) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Se debe entender como conducta el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercute en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. La conducta vinculante o primera conducta debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe, son los mismos. Pero, además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando; por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

B) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas. La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria es el objeto perseguido.

C) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas —como emisor o como receptor— sean los mismos. Esto es que, tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior”.

Entiende la Sala que la Administración no contravino un acto propio que pudiera ser considerado violatorio de la confianza legítima y del principio del “*non venire contra Factum proprium*”, debido a que el administrado debió esperar el cierre de la actuación de la Administración con el propósito de obtener unas expectativas serias, legítimas y fundadas de los actos administrativos que definieron el monto a pagar por concepto de déficit.

Por estas razones, considera la Sala que el cargo endilgado por la recurrente contra la sentencia apelada no tiene vocación de prosperidad.

c). De violación a las normas sustantivas.

En este cargo manifiesta la recurrente que en la demanda se pusieron de presente algunas violaciones de las normas sustantivas en que debían fundarse los actos administrativos demandados, y

que ese desconocimiento fue desechado por el Tribunal en la sentencia apelada.

Indica que la fijación de las tarifas con base en el IPC, no debe ser considerada como una obligación para los proveedores, sino más bien, como un tope, razón por la cual el Ministerio se extralimitó en el ejercicio de las funciones legalmente asignadas por cuanto señaló que la ETB S.A. E.S.P. no aplicó las tarifas de conformidad con esa variación mensual.

Respecto de este reproche, la Sala advierte que el artículo 116 de la Ley 812 de 2003 establece que:

*"SUBSIDIOS PARA ESTRATOS 1, 2 y 3.- **La aplicación de subsidios al costo de prestación de los servicios públicos domiciliarios de los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir de la vigencia de esta ley y para los años 2004, 2005 y 2006, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes a la variación del Índice de Precios al Consumidor.***

Las Comisiones de Regulación ajustarán la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo. Este subsidio podrá ser cubierto por recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y de las Entidades Territoriales" (Destaca la Sala).

Del texto de la disposición transcrita se colige un claro deber para los operadores de servicios públicos domiciliarios de aplicar las tarifas conforme a la variación del índice de precios al consumidor -IPC-. No hacerlo de esa forma implica, por antonomasia, un mayor valor del subsidio, lo que, en consecuencia, genera un déficit adicional para el proveedor debido a la inobservancia de la normatividad vigente que regulaba la materia.

En este sentido, la Sala observa que el Ministerio demandado no desconoció ni vulneró las disposiciones sustantivas al momento de efectuar el procedimiento cuantificación y pago de déficits ordenados por la Ley.

Así pues, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de junio de 2014, proferida por la Sección Primera, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de mayo de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO