

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	250002326000201000213-00
Sentencia	SC3-10-21-2552
Acción	CONTRACTUAL
Demandante	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.
Demandado	MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES
Asunto	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	LA CONTROVERSIA NO TIENE FUENTE EN UN CONTRATO, NO ES IDÓNEA LA ACCIÓN CONTRACTUAL OPCIONADA POR LA ACTIVA, LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA DEMUESTRAN QUE LOS DAÑOS INVOCADOS ENCUESTRAN SUSTENTO EN DIFERENTES FUENTES, DE LOS QUE SE EXTRAE QUE PARA EL CASO SE DEBIERON INCOAR OTRAS ACCIONES, Y CONFIGURA LA EXCEPCIÓN PREVIA DE INEPTA DEMANDA.

Surtido por la Magistrada Sustanciadora, el trámite previsto para el proceso ordinario, en los artículos 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo - CCA, encuentra para que la Sala provea.

I. ANTECEDENTES.

1.1. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DE LA ACTIVA

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. ETB, en adelante ETB, distinguió en cinco apartes los hechos que dieron sustento a su pretensión¹:

No subsanar el valor negativo de la licencia de TPBCLD, argumenta la ETB que, solicitó y obtuvo del Ministerio de Comunicaciones, mediante Resolución nro. 052 del 15 de enero de 1998, licencia de operador para el uso y explotación del espectro electromagnético requerido para la prestación del servicio de TPBCLD, por el término de diez (10) años, contados a partir del inicio de operaciones, prorrogables automáticamente por el mismo periodo y por una sola vez. La ETB pagó al MINISTERIO DE COMUNICACIONES la suma de ciento cincuenta millones de dólares (US\$ 150.000.000.00), en los términos del

¹ Folios 59 a 116 c. principal.

Decreto 3045 de 1997, como contraprestación por el otorgamiento de la licencia de operador para el uso y explotación del espectro electromagnético requerido para la prestación del servicio de TPBCLD, y el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, mediante Resolución nro. 3177 del 30 de noviembre de 1998, autorizó a ETB para iniciar la prestación del servicio de TPBCLD.

En marco de la precitada la Resolución nro. 3177 del 30 de noviembre de 2008, los primeros diez (10) años del término de la licencia concedida a ETB se vencieron el 30 de noviembre de 2008, y el término de la prórroga se vencería el 30 de noviembre de 2018, conforme estableció el artículo 3 del Decreto 2542 de 1997. No obstante, y comoquiera que los estudios que sirvieron de base a la CRT para fijar el valor inicial de la licencia de TPBCLD, la indicada suma de ciento cincuenta millones de dólares (US\$ 150.000.000.00), contemplaron unas variables que dieron lugar a que el monto de la licencia fuera sobrestimado.

En fundamento aduce la ETB, que contrató al experto Ricardo Lombana Moscoso para que tomando el modelo adoptado por la CRT para la valoración de la licencia de TPBCLD, construyera un escenario, cambiando el nivel de tráfico del mercado de larga distancia nacional proyectado en dicho modelo de valoración por el efectivamente cursado entre 1996 y el primer semestre de 2004, con tres (3) operadores de larga distancia, y allí se concluyó que el valor de la licencia habría sido US\$ 54.6 millones. Asimismo, determinó que, si se construye otro escenario en el cual, además de sustituir el tráfico proyectado por el real, también se sustituyen las tasas contables proyectadas por las reales, el resultado del valor de la licencia, en un mercado de tres (3) operadores, sería US\$ 69.0 millones.

Precisa en esta secuencia la ETB, que la explicación financiera del valor negativo de la licencia de TPBCLD, obedece a que el valor de la licencia calculado por la CRT estaba determinado por el valor terminal del negocio y, entonces, los años de proyección de la operación en el horizonte de 1998 a 2008, no contemplaban un flujo de caja positivo que permitiera amortizar las inversiones de capital efectuadas, sino a partir de los últimos dos años de proyección, siendo significativamente mayor el último, que era la base para la proyección del valor terminal, porque en él no se suponía la inversión de suma alguna. Siendo así, al no cumplirse las proyecciones de tráfico, incluso este último año de proyección resulta tener un flujo de caja ajustado negativa y, como consecuencia de ello, el valor terminal también resulta negativo.

Advierte la activa que, en el modelo, tan solo los dos (2) últimos años de operación proyectados generan un flujo de caja positivo, siendo significativamente mayor el último, porque asume como base para el cálculo de valor terminal, en razón a no se preveían nuevas inversiones. Para colocar de relieve que, al no cumplirse las proyecciones de tráfico, inclusive este año de proyección resulta tener un flujo de caja ajustado negativo

y, como consecuencia de ello, el valor terminal también resulta negativo, y finiquita que la CRT tuvo en cuenta para el cálculo del valor de la licencia para la concesión del servicio de TPBCLD, unos estudios de mercado muy distintos de aquel que ETB encontró en la realidad, por circunstancias que no son imputables a esta última.

Agrega que en 1997, la Federal Comisión Communications (FCC), emitió la orden 280, de obligatorio cumplimiento para los operadores conectantes de Estados Unidos, en su negociación de tasas contables con los demás países y según esta orden de la FCC la CRT incluyó en los cálculos del valor de la licencia de TPBCLD una tasa contable 17.4% superior a la real, y puntualiza que de acuerdo con este estudio, se concluye que a 2008 existe una diferencia de \$ 458.920 millones de pesos entre el valor de los ingresos proyectados que debía recibir ETB y los ingresos reales obtenidos por la explotación de la licencia de TPBCLD.

Modificación de la licencia, afirma la ETB, que mediante Decreto 2926 de 2005, el Gobierno Nacional, modificó el Decreto 2542 de 1997 y dispuso que los títulos habilitantes de los operadores establecidos mediante licencia, serían modificados siempre que estos aceptaran expresamente la modificación, y que los operadores de TPBCLD establecidos a esa fecha, 25 de agosto, “continuarían prestando este servicio hasta el 31 de julio de 2007, en los términos y condiciones económicas bajo las cuales han venido operando y en observancia de las modificaciones establecidas en el presente decreto”, y consultada la ETB sobre el proyecto de resolución “por medio de la cual se modifica la licencia otorgada mediante resolución nro. 0052 del 15 de enero de 1998”, mediante comunicación del 11 de octubre de 2005, expresó “Teniendo en cuenta que el artículo 30 del decreto 2542 de 1997 establecía que la duración de la licencia era de diez (10) años, contados a partir del inicio de operaciones y prorrogables automáticamente por el mismo periodo por una sola vez, y que, por su parte, el literal b del artículo 8° del decreto 2926 de 2005 fija las mismas condiciones en cuanto a la duración de las licencias, **solicito que la prórroga se conceda a partir del vencimiento del periodo inicialmente acordado**. La anterior solicitud se basa en que el cambio de régimen modifica las condiciones para la prestación del servicio, especialmente en lo que respecta a la contraprestación inicial”.

Coloca de relieve, que mediante Resolución nro. 002357 del 13 de octubre de 2005, fue modificada la licencia otorgada y se estableció que ETB continuaría prestando el servicio de TPBCLD, en los términos y condiciones económicas estipuladas en la Resolución 0052 de 2007, hasta el 31 de julio de 2007, fecha a partir de la cual, la licencia otorgada, quedaría sujeta a condiciones establecidas en el Decreto 2926 de 2005 y en la normatividad aplicable a la prestación del servicio, desconociendo que el representante legal de ETB había aceptado la modificación de las condiciones de la licencia que le había sido otorgada a esa empresa, “a partir del vencimiento del periodo inicialmente otorgado”, es decir, a partir del 30 de noviembre 2008, modificando sustancialmente las condiciones de la licencia que inicialmente le había concedido a ETB para prestar el servicio de TPBCLD.

Argumenta la ETB, que el valor de la licencia se estableció después de considerar que dicha inversión sería recuperada en el término inicialmente estimado de la licencia, es decir, veinte (20) años, derecho adquirido que no fue respetado por el Gobierno Nacional en razón a que el Decreto 2926 de 2005 y la resolución No. 002357 del 13 de octubre de 2005, expedida por el Ministerio, variaron las condiciones en las cuales fue concedida la licencia.

El Decreto 2926 de 2005 varió sustancialmente las condiciones de prestación del servicio de larga distancia, toda vez que, de acuerdo con el artículo 8, a partir del 1 de agosto de 2007, permitió el ingreso de nuevos operadores para la prestación del servicio de TPBCLD, sin que estos tuvieran que realizar el pago inicial de ciento cincuenta millones de dólares (US\$ 150.000.000.00), como lo hicieron ETB y ORBITEL, hoy EPM TELECOMUNICACIONES, para obtener del Ministerio de Comunicaciones la misma licencia, ingreso que se hizo en condiciones de desigualdad, ya que no tenían que recuperar una inversión inicial de ciento cincuenta millones de dólares (US\$150.000.000.00), y sin reconocer derechos adquiridos, lo que genera responsabilidad patrimonial del Estado por alteración de la relación contractual, de acuerdo con la doctrina del hecho del príncipe.

Además, porque, añadió, el artículo 8 del decreto 1492 y el artículo 9 del Decreto 2041 de 1998, subrogado por el artículo 8 del decreto 1972 de 2003, establece que los operadores de servicios de telecomunicaciones -como lo es ETB- tienen derecho a que *“se mantenga inalterada la ecuación económica de la concesión”*, siempre que se cumpla con la contraprestación.

Modificación del Plan de Numeración, refiere en este rubro la ETB, que de acuerdo con el plan de numeración vigente a la fecha de otorgamiento de la licencia de TPBCLD, las llamadas que se originaran de un teléfono celular a un teléfono fijo de otra ciudad diferente a aquella en la que se encontraba el usuario del teléfono celular, debían realizarse a través de uno de los operadores de TPBCLD y, por lo tanto, el generador de esa llamada pagaba el servicio celular y el servicio de telefonía de larga distancia, y posteriormente, el 1 de mayo de 1998, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Circular nro. 001, por la que actualiza el plan de numeración, y se les asignó a los operadores de telefonía móvil celular (TMC) el denominado *“código de escape”*, el cual les permitió a estos operadores realizar llamadas desde teléfonos celulares a teléfono fijos, sin utilizar los servicios de los operadores de TPBCLD, derivando que el tráfico de las llamadas cursadas a través de los operadores de TPBCLD disminuyó sustancialmente, hecho que también afectó la ecuación económica de la concesión otorgada a ETB.

No impedir las conductas restrictivas de la competencia, de los operadores de telefonía móvil celular; argumenta la ETB, que el servicio de TMC es un servicio sustituto de la TPBCLD y los operadores de TMC tuvieron posición dominante respecto de las llamadas

que se originan en un teléfono fijo y que terminan en un teléfono celular; y destaca que los operadores de TMC mantuvieron los precios de las llamadas de un teléfono fijo a un celular elevadas, lo cual desestimuló el uso del teléfono fijo, y no existió una razón objetiva para que la tarifa de una llamada generada desde un teléfono fijo y que termina en un teléfono celular fuera sustancialmente diferente a la llamada originada en un teléfono móvil y que termina en un teléfono fijo. Advierte que la aplicación de tarifas diferenciales para llamadas que se originan desde un teléfono fijo hacia un teléfono celular, frente a aquellas que se originan en un teléfono celular y terminan en uno fijo, es violatoria de las normas sobre protección de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia, y no obstante las múltiples denuncias presentadas por los operadores de TPBCLD, el Estado, a través de la autoridad competente, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio, no sancionó ni ordenó a los operadores de TMC abstenerse de realizar tales prácticas restrictivas de la competencia.

No impedir que operadores sin licencia presten servicios de TPBCLD, advierte al ETB, que los operadores de TPBCLD presentaron múltiples denuncias ante el Ministerio de Comunicaciones en contra de diferentes empresas que se dedican a prestar servicios de larga distancia, sin contar con la respectiva licencia otorgada por ese Ministerio, y pese a esas denuncias, el Ministerio de Comunicaciones incumplió su obligación legal de impedir que se presten servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente licencia. Omisión que ha derivado que los operadores de TPBCLD hayan perdido un tráfico importante, con disminución de sus expectativas legítimas de ganancia, que para el caso de la ETB ascendía a ciento cincuenta millones de dólares (US\$ 150.000.000.00), contrastado el valor de la licencia que les fue otorgada por el Ministerio de Comunicaciones para prestar el servicio de TPBCLD.

Disminución de sus expectativas legítimas de ganancia, que tornó el mercado de larga distancia en un negocio inviable, por razón a que los flujos generados por la operación resultan insuficientes para amortizar el valor de las inversiones, y conlleva a un valor presente neto negativo de los flujos de caja; aunque de no existir tráfico ilegal proveniente de llamadas internacionales entrantes, que es superior al 46% del mercado, según señaló la ALIANZA CONTRA EL FRAUDE EN TELECOMUNICACIONES DE LARGA DISTANCIA NACIONAL E INTERNACIONAL, SUSCRITA ENTRE TELECOM, ETB Y ORBITEL, el valor negativo de la licencia de TPBCLD concedida a ETB se habría podido compensar, con los mayores ingresos provenientes de un mayor tráfico internacional entrante.

En el reseñado contexto fáctico, la ETB S.A. ESP, formula como **pretensiones principales:**

- Declarar que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB S.A. E.S.P. no pudo recuperar el valor pagado por la concesión para la prestación del servicio de

telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), otorgada por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES mediante la Resolución nro. 0052 de 1998, por razón de los siguientes tópicos: **(i)** las tasas contables; **(ii)** el tráfico nacional e internacional tomado en cuenta para calcular el valor de la licencia fueron inferiores a los reales; **(iii)** el valor de la licencia, incluyó como tráfico de larga distancia, el tráfico de telefonía pública básica conmutada local extendido (TPBCLE), y **(iv)** la existencia de un tráfico ilegal equivalente al 46% del mercado.

- Declarar que se rompió el equilibrio económico de la concesión otorgada a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB S.A. E.S.P., por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, para la prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), por las siguientes razones: **(i)** las expectativas en el tráfico de larga distancia nacional proyectado cuando se calculó el valor de la licencia, no se lograron por causas imprevisibles que no le son imputables a la ETB ni al MINISTERIO DE COMUNICACIONES, hoy, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; **(ii)** la apertura del servicio de larga distancia a nuevos operadores, en virtud del Decreto 2926 de 2005, del Gobierno Nacional, sin exigir conforme se hizo con la ETB, pagar la suma de ciento cincuenta millones de dólares (US\$ 150.000.000.00), y **(iii)** la modificación del plan de numeración mediante la Circular No. 001 del 1 de mayo de 1998, del MINISTERIO DE COMUNICACIONES.
- Declarar consecuentemente que, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - ETB S.A. E.S.P. tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico, respecto de la concesión que le fue otorgada por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia - TPBCLD, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8o del Decreto 1492 de 1998, reiterado por el artículo 9o del Decreto 2041 del mismo año y artículo 9o del Decreto 1972 de 2003.
- Declarar que la hoy, NACIÓN MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, está obligada a restablecer la ecuación económica, de la concesión otorgada a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB SA. E.S.P, para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia - TPBCLD, en la cuantía que se defina en este proceso.
- Declarar que la hoy, NACIÓN, MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, está obligada a pagar las costas y agencias en derecho.

A título de **pretensiones subsidiarias:**

- Declarar que la hoy, NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, incumplió sus obligaciones como concedente, de la licencia para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia - TPBCLD, otorgada mediante la Resolución nro. 0052 de 1998, a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB S.A. E.S.P, para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia - TPBCLD, por haber omitido ejercer control sobre las conductas restrictivas de la competencia de los operadores de telefonía Móvil celular, y sobre los operadores sin licencia que prestaron el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia -TPBLD.
- Ordenar consecuentemente, a la NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES, pagar a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB S.A. E.S.P, los perjuicios que se demuestren en el proceso, correspondientes a las sumas de dinero dejadas de recibir durante la vigencia de la licencia.
- Declarar que la NACIÓN, MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, está obligada a pagar las costas y agencias en derecho.

1.2. ARGUMENTOS DE LA OPOSICIÓN

En contestación a la demanda, la NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, propuso como excepción, inepta, y la sustenta refutando que, **(i)** la responsabilidad de vigilancia y control de la prestación del servicio de larga distancia, no es única y exclusiva de ese MINISTERIO y lo es, incluso, de las operadores, premisa esta última que explica que la ETB S.A. ESP, hace parte de la coalición empresarial denominada ALIANZA CONTRA EL FRAUDE que ha actuado directamente ante otras autoridades para reprimir el delito y en lo que respecta a ese MINISTERIO, cumplió con sus funciones de vigilancia y control, y **(ii)** no se puede demandar por vía de acción contractual, sin existir un negocio jurídico contractual, y si bien la activa argumenta que deben predicarse características de un contrato al acto administrativo de licencia, reviste categórico y en contrario de esta tesis que, un contrato no nace por fuera de la Ley 80 de 1993.

Opone a la prosperidad de las pretensiones de la activa, y argumenta en sustento que, la licencia para operar el servicio de TPBCLD solo se puede otorgar mediante acto unilateral de la administración, y por consiguiente, los hechos invocados por la ETB S.A ESP, no pueden ser analizados desde la perspectiva de un negocio jurídico resultante del concurso de voluntades, por demás inexistente, contrastado que

en el acto administrativo nunca concurre la voluntad de su destinatario, y evidencia en consecuencia que en el presente asunto la demanda contiene una pluralidad de desaciertos jurídicos, caso de pedir conmutatividad como fundamento de la petición de restablecimiento del derecho, cuando aquella no existe, por cuanto tratándose de una licencia, la decisión se emite mediante un acto administrativo unilateral, en sede del que no es refutable, la conmutatividad de orden contractual, contrastado que si bien, en principio, el servicio se otorga mediante concesión, por vía de contrato o de licencia, no es menos cierto que, conforme a los artículos 39 del Decreto Ley 1900 de 1990 y 7o de la Ley 72 de 1989, la red se habilita mediante autorización, de conformidad con el artículo 15 ibídem, y el espectro se habilita mediante permiso; evidenciando que la demanda mezcla indistintamente los anteriores conceptos, y no se puede plantear la concesión del servicio de telecomunicaciones de telefonía pública como mezclado con el permiso del espectro.

En este mismo orden de ideas, alega que la activa mezcló indebidamente la teoría del desequilibrio económico del contrato, prevista en la Ley 80 de 1993, con el instituto de la ecuación económica de la concesión reglamentada en el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, obviando que, la Ley 80 de 1993, remite para el desarrollo de toda concesión de telecomunicaciones al régimen del Decreto Ley 1900 de 1990 y sus normas modificatorias y reglamentarias, y en marco de estos, el Estado garantizó unas condiciones de negocio frente a una oferta monetaria de la ETB S.A. ESP, y aunque las condiciones cambiaron por el devenir normal del mercado, no era posible exigir al Estado que se abstuviera de permitir la entrada a terceros operadores con productos sustitutos, quienes por demás, ingresaron transcurridos diez (10) de concedida la licencia, y el MINISTERIO, no se obligó al reconocimiento de una tasa de retorno, y no se trató de un negocio conmutativo.

Precisa de los estudios que sirvieron de base para la concesión de TPBCLD a la ETB S.A. ESP, que el MINISTERIO tuvo en cuenta una diversidad, y advierte, no hubo una licitación que atara a la entidad concedente y fue la ETB S.A. ESP, quien acudió a solicitar una licencia y se lanzó a un negocio comercial por cuenta propia utilizando sus redes y el MINISTERIO cumplió con sus obligaciones y sus funciones, entre ellas, las de vigilancia y control, como quiera que la prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, es una situación coyuntural, y no consecuencia de la conducta observada por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, conjugado además que, esa entidad no era la única responsable del control sobre la prestación ilegal del servicio de larga distancia, y no se le puede obligar a lo imposible, obviando las funciones que en este tópico incumbían a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad que para la época de los hechos, tenía a su cargo, la vigilancia de operadores de TPBCLD, con el fin de evitar que los operadores locales permitieran por acción u omisión la prestación de servicios de larga distancia, y las responsabilidades de la

Superintendencia de Industria y Comercio y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Enuncia que surtió lo de su cargo, en relación a las denuncias de tráfico ilegal, radicadas por la ETB S.A. ESP, conforme evidencian los decomisos definitivos realizados como producto de actuaciones administrativas adelantadas desde las Direcciones Territoriales y la sede central, donde en compañía de las autoridades de Policía Judicial se llevaron a cabo las diligencias de allanamiento y decomiso de los equipos utilizados para cursar el tráfico ilegal; que para el castigo penal por la prestación de servicios ilegales de larga distancia, existen normas en el Código Penal y otras instancias que tienen a su cargo el control de la prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, y que el Estado dotó a los operadores de herramientas para combatir los ilícitos en la prestación ilegal de servicios de larga distancia, caso de la restricción de utilizar servicios de valor agregado para prestar servicios de larga distancia, conforme reglamenta el Decreto 1794 de 1991, y finiquita, no hay falencias que endilgar a ese MINISTERIO.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. El 20 de abril de 2010, fue radicado ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el libelo introductorio presentado a través de apoderado judicial por EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P (fl. 116 vto. C. principal). y el 3 de junio siguiente, se admitió la demanda y ordenó su notificación personal a la NACIÓN - MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES (fl. 119 c. principal).

2.3. El 24 de noviembre de 2011, se abrió el proceso a pruebas (fls. 189 a 191 c. principal). y el 1 de octubre de 2012, la Subsección "C" de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, avocó conocimiento del asunto, corrió traslado del dictamen presentado por perito, entre otras disposiciones, en marco de lo dispuesto en los Acuerdos PSAA11-8365 del 29 de julio de 2011, PSAA11-8922 del 9 de diciembre de 2011 y PSAA11-9524 del 23 de junio de 2012, por los que se adoptan unas medidas de descongestión para el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, (fl. 265 c. principal).

2.5. El 29 de enero de 2019, se declaró fenecido el término probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión, por el término de diez (10) días para los extremos procesales, y con traslado especial, al Ministerio Público (fl. 437 c. principal).

2.5.1. LA ETB S.A. ESP, reiteró los argumentos de la demanda. en su tesis de variación de las condiciones de la licencia; omisión por permitir que los operadores móviles prestaran el servicio de telefonía; omisión por no impedir la concurrencia ilícita de

particulares en la prestación del servicio, y enfatizo que la acción contractual es la procedente para conocer de las controversias originadas en la concesión otorgada a esa entidad mediante Resolución 052 de 15 de enero de 1998, expedida por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, y en el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato, como quiera que independientemente de la denominación que se haya utilizado, el título expedido por la accionada, se trata de una concesión para la prestación de un servicio público, y que en este caso, las expectativas en el tráfico de larga distancia nacional proyectado cuando se calculó el valor de la licencia otorgada a ETB S.A. ESP, no se lograron por razones que no le son imputables, y que le han ocasionado pérdidas que se han traducido en desequilibrio de la ecuación financiera.

Destaca de acervo probatorio recaudado que, el dictamen pericial demostró que, realmente sucedieron hechos imprevistos y los errores en que incurrió la Comisión de Regulación de Comunicaciones al incluir dentro del valor de la tarifa y el tráfico cursado a través de la telefonía pública conmutada local extendida, y coloca de relieve que este medio de convicción no fue desvirtuado por la accionada, y probó que la ETB S.A. ESP, no pudo recuperar el valor pagado de la concesión para la prestación del servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia - TPBCLD) en razón a **(i)** las tasas contables utilizadas; **(ii)** el tráfico nacional e internacional tomado en cuenta para calcular el valor de la licencia fue inferior al real; y **(iii)** en el valor de la licencia se incluyó como tráfico de larga distancia el tráfico de telefonía pública básica conmutada local extendida - TPBCLE, y, por consiguiente, se debe acceder a las pretensiones principales.

2.5.2. La NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, no presentó alegatos de conclusión.

2.5.3. El MINISTERIO PÚBLICO no rindió concepto.

2.6. La AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, a través de memorial radicado el 18 de junio de 2019, solicitó copias del proceso (fls. 477 c. principal), y con escrito radicado el 19 de junio de 2020, solicitó rechazar las pretensiones de la demanda, y argumenta en sustento que, no existe una relación contractual que habilite promover la acción de controversia contractual; que la acción idónea encuentra caducada; que la actividad de la administración fue lícita, y no se configuró el hecho del príncipe.

Premisas en contexto de las que destaca que, en tesis de la activa, el daño se le causó, de una parte, con la expedición del Decreto 2926 de 2005, que permitió el ingreso de nuevos operadores sin necesidad de pagar la misma suma que le fue exigida, y de otra, con la Resolución nro. 2357 de 13 de octubre de 2005, por la que se modificó la licencia otorgada. En consecuencia que, la acción que debió ejercer la ETB S.A. ESP, fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, configurándose una indebida escogencia de la

acción, que genera una ineptitud sustantiva de la demanda que deberá ser declarada en sentencia, y caducidad, contrastado que en la acción que se debió instaurar, la oportunidad de la demanda fenece en cuatro (4) meses, y que la Resolución 2357 de 13 octubre de 2005, le fue notificada a la ETB S.A ESP, antes del 31 de julio de 2007, fecha en la que comenzaron a regir las nuevas condiciones de la licencia y la demanda fue radicada hasta el 21 de abril de 2010..

Enfatiza que la licencia se dio a través de un acto administrativo unilateral, que no contiene obligaciones recíprocas, ni es producto de un procedimiento contractual o acuerdo de voluntades y en el descrito contexto, el término de caducidad no puede ser el mismo de las controversias contractuales, y al no existir un contrato, tampoco puede existir incumplimiento contractual, ni refutar que la accionada incurrió en desconocimiento cláusula contractual, que pueda dar lugar a restitución; conjugado que la licencia tiene los efectos propios de un acto administrativo, y *en marco del artículo 7 de la Ley 72 de 1989*, el solo hecho de que exista una concesión para el desarrollo de una actividad, no da lugar a presumir la existencia de un contrato o un acuerdo de voluntades, pues la licencia no es el resultado de un proceso de selección contractual, sino una expresión unilateral de la voluntad de la administración para autorizar la ejecución de una actividad, y si no existe un contrato, no es posible hablar de un desequilibrio económico, pues quien ejerce la actividad lo hace por su cuenta y riesgo y la obligación principal de quien solicita una licencia es pagar una contraprestación previamente establecida por la entidad pública en otro acto administrativo, pero no se generan obligaciones de tipo contractual.

Bajo el descrito paradigma, Indicó que, si bien para efectos del valor de la contraprestación que se debería pagar por la licencia se efectuó un estudio en el que se hicieron unas proyecciones sobre los posibles ingresos y tráfico de llamadas esperados, la existencia de dicho estudio no implicaba obligación de garantizar las condiciones de tráfico, ingresos o utilidades para las empresas que quisieran incursionar en el mercado, constituyendo solo una herramienta para fijar el precio de la contraprestación por licencia para prestar el servicio por TPBCLD, y no eximía a las empresas solicitantes de la licencia de efectuar sus propias proyecciones.

Respecto a la imputación de responsabilidad derivada de la falta de control, argumenta que la acción idónea es la de reparación directa, para determinarse si a partir de las funciones a las que estaba obligada, la entidad accionada, incurrió en omisión, y además, verificar la capacidad operativa con la que contaba la accionada, contrastado que nadie está obligado a lo imposible y en el presente caso, no se avizora la existencia de una omisión que genere el deber de reparar, porque en la demanda no se identifica de forma puntual la obligación o función que se omitió (fls. 513 c. principal).

2.6.1. A través de auto del 10 de mayo de 2021, se tuvo como interviniente a LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y se reconoció personería a su apoderado; así como personería al apoderado del MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES y la renuncia por cumplir los presupuestos del artículo 76 del Código General del Proceso – CGP (Expediente Digital SAMAI).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

3.1.1. Reitera satisfecho el presupuesto de jurisdicción y competencia, contrastado para fines del primero, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A., y los hechos que la demandada es una entidad pública, NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, y la controversia se origina en actividad administrativa, concesión para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD); y destaca en tamiz de la segunda, específicamente de la competencia funcional, que la pretensión económica supera los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la anualidad 2010, en la que se promovió la demanda, y subsume en consecuencia en los numerales 3) y 5) del artículo 132 de la misma codificación.

3.1.2. Inepta demanda por indebida escogencia de la acción. Asume como cuestión previa, por cuanto concierne a uno de los presupuestos procesales de la demanda en debida forma y en el presente asunto, la NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, entidad accionada, hoy NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES y la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, argumentan que la acción que debió promoverse fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, y torna improcedente la acción de controversia contractual, opcionada por la activa, advertido que no existió proceso de licitación que atara a la entidad concedente y fue la ETB S.A. ESP, quien acudió a solicitar una licencia y se lanzó a un negocio comercial por cuenta propia utilizando sus redes, y la concesión otorgada para la explotación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD), se emitió mediante acto administrativo; y no existió un negocio jurídico contractual ni un acuerdo de voluntades, en virtud de los cuales imponer a la entidad concedente cláusula de reversión o tasa de retorno.

3.1.2.1. Es así que la NACIÓN - MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, destaca que, la licencia para operar el servicio de TPBCLD solo se puede otorgar mediante acto unilateral de la administración,

porque si bien, en principio, el servicio se otorga mediante concesión, por vía de contrato o de licencia, no es menos cierto que, conforme a los artículos 39 del Decreto Ley 1900 de 1990 y 7o de la Ley 72 de 1989, la red se habilita mediante autorización, de conformidad con el artículo 15 ibídem, y el espectro se habilita mediante permiso; evidenciando que la demanda mezcla indistintamente los anteriores conceptos, y no se puede plantear la concesión del servicio de telecomunicaciones de telefonía pública como mezclado con el permiso del espectro, y tampoco es correcto mezclar la teoría del desequilibrio económico del contrato, prevista en la Ley 80 de 1993, con el instituto de la ecuación económica de la concesión reglamentada en el artículo 9° del Decreto 2041 de 1998, obviando que, la Ley 80 de 1993, remite para el desarrollo de toda concesión de telecomunicaciones al régimen del Decreto Ley 1900 de 1990 y sus normas modificatorias y reglamentarias, y en marco de estos, el Estado garantizó unas condiciones de negocio frente a una oferta monetaria de la ETB S.A. ESP, y aunque las condiciones cambiaron por el devenir normal del mercado, no era posible exigir al Estado que se abstuviera de permitir la entrada a terceros operadores con productos sustitutos, quienes por demás, ingresaron transcurridos diez (10) de concedida la licencia.

3.1.2.2. Argumentación que fortalece la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, bajo la consideración que en tesis de la activa, el daño se le causó, de una parte, con la expedición del Decreto 2926 de 2005, que permitió el ingreso de nuevos operadores sin necesidad de pagar la misma suma que le fue exigida, y de otra, con la Resolución 2357 de 13 de octubre de 2005, por la que se modificó la licencia otorgada, y en consecuencia, la acción que debió ejercer la ETB S.A. ESP, fue la de nulidad y restablecimiento del derecho. Enfatiza que la licencia se dio a través de un acto administrativo unilateral, que no contiene obligaciones recíprocas, ni es producto de un procedimiento contractual o acuerdo de voluntades, y al no existir un contrato, tampoco puede existir incumplimiento contractual, ni refutar que la accionada, incurrió en desconocimiento cláusula contractual, que pueda dar lugar a restitución; conjugado que la licencia tiene los efectos propios de un acto administrativo, y *en marco del artículo 7 de la Ley 72 de 1989*, el solo hecho de que exista una concesión para el desarrollo de una actividad, no da lugar a presumir la existencia de un contrato o un acuerdo de voluntades, pues la licencia no es el resultado de un proceso de selección contractual, sino una expresión unilateral de la voluntad de la administración para autorizar la ejecución de una actividad, y si no existe un contrato, no es posible hablar de un desequilibrio económico, pues quien ejerce la actividad lo hace por su cuenta y riesgo y la obligación principal de quien solicita una licencia es pagar una contraprestación previamente establecida por la entidad pública en otro acto administrativo, pero no se generan obligaciones de tipo contractual.

3.1.2.3. En contraste se tiene que, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P., promovió su demanda por vía de la acción de controversia contractual, y argumenta que se rompió el equilibrio

económico de la concesión otorgada mediante Resolución. 0052 de 1993, de la NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, modificada por el Decreto 2926 de 2005, por razón a que no pudo recuperar la suma pagada por la licencia, US\$150.000.000, por razón a que los estudios que soportaron su proyección, establecieron un valor sobrestimado, de una parte; de otra, porque el precitado Decreto, varió sustancialmente las condiciones de prestación del servicio de larga distancia, al permitir el ingreso de nuevos operadores para la prestación del servicio de TPBCLD, sin el pago que tuvo que realizar la ETB S.A. ESP, y por último, porque se asignó a los operadores de telefonía móvil, un código de escape que les permitió realizar llamadas desde teléfonos celulares a teléfonos fijos, sin necesidad de utilizar los servicios de los operadores de TPBCLD, con disminución sustancial del tráfico de las llamadas, y no impedir las conductas restrictivas de la competencia de los operadores de telefonía móvil celular, ni que los operadores sin licencia prestarán servicios de TPBCLD.

3.1.2.4. Se tiene en consecuencia y con fines a resolver sobre la enunciada excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, como **problema jurídico**:

¿Se configura un negocio jurídico contractual, por virtud de la licencia otorgada mediante la Resolución 052 de 15 de enero de 1998, de la NACIÓN - MINISTERIO DE COMUNICACIONES, a la ETB S.A.ESP, para usar y explotar el espectro electromagnético, como operador del servicio de TPBCLD, y para reclamar de la concedente el restablecimiento del equilibrio económico, respecto del precio pagado por la concesionaria, es idónea la acción de controversia contractual, o ésta torna improcedente porque se trata de decisión unilateral de la administración?

3.1.2.5- En labor de desatar el interrogante planteado **es tesis de la Sala**, que deber declararse próspera la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, porque la concesión génesis de la controversia planteada, no deriva ni encuentra sustento en una relación negocial, o acuerdo de voluntades entre las entidades concedente y concesionaria, sino en decisión unilateral de la administración, y al no existir vínculo contractual, la controversia debió ventilarse a través de las acciones idóneas de acuerdo con las fuentes del daño invocado; y tampoco prosperan las pretensiones subsidiarias, por cuanto las mismas son propias de una acción de reparación directa, la que acudiendo incluso por vía del *iura novit curia* y en aras de evitar una decisión inhibitoria, no podría ser resuelta de fondo por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

3.1.2.6- En fundamento y previo análisis del caso en concreto, se tienen las siguientes **premisas normativas**:

(i) Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y enlista a título enunciativo, los de obra, consultoría, prestación de servicio, de concesión, encargo fiduciario y fiducia pública. Preceptiva de la que se establece, de una parte, la consagración de un criterio subjetivo u orgánico en virtud del cual, para que un contrato pueda caracterizarse como estatal, basta con que una de las partes que en él intervenga sea una entidad estatal con independencia del régimen jurídico que le sea aplicable, y de otra, que el contrato estatal presupone un acuerdo de voluntades. Supuesto este último que refuerza al tenor del artículo 41 de la misma Ley 80 de 1993, como quiera que establece del contrato estatal que, se entiende perfeccionado cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El artículo 39 del enunciado compendio normativo, regula de la forma del contrato estatal, reiterando que constará por escrito, y determina que no requerirá ser elevado a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

En lo que atañe al contenido del contrato, seguidamente la norma establece que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo a las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley, correspondan a su esencia y naturaleza, permitiendo que las entidades celebren contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, e indica que las entidades pueden incluir las modalidades, *condiciones y, en general, estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes*, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley o de la buena administración.

De acuerdo con lo señalado precedentemente, los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 establecen la solemnidad del contrato estatal, ya que para su perfeccionamiento se exige la forma escrita, salvo ciertos eventos de urgencia manifiesta. Así mismo, dispone que la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, esto es el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y también se cumpla con la forma del contrato, es decir, que éste se eleve a escrito.

El órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al analizar los presupuestos de existencia del contrato estatal regulados en la Ley 80 de 1993, ha indicado que el contrato nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones

previstas en el primer inciso del artículo 41², a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, así mismo, ha señalado que el contrato escrito es prueba *ad substantiam actus y ad solemnitatem*, así como presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato celebrado por el Estado, lo que ha planteado en los siguientes términos³:

“Por lo tanto, una interpretación sistemática de las disposiciones contractuales antes transcritas y las de orden procesal contenidas en los artículos 175 y 187 del C. de P. C., conduce a concluir lo siguiente:

1) La regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, pues, éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del decreto ley 150 de 1976, 26 del decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la ley 80 de 1993.

Es más, en los casos en que se celebren contratos que recaigan sobre derechos reales con respecto a inmuebles, ese escrito o documento, además, debe tener la forma específica de escritura pública.

2) Inclusive, el instrumento de carácter documental, es también requerido por la ley, en aquellos eventos en los que, por la cuantía o por la situación de urgencia manifiesta, si bien no se exige el escrito para la celebración del contrato, el legislador impone la necesidad de resolución motivada para el reconocimiento de las obligaciones a cargo de la Nación, de acuerdo con las previsiones de los incisos segundos de los artículos 18 del decreto 150 de 1976 y 26 del decreto 222 de 1983 y, autorización escrita de la entidad contratante para las situaciones de urgencia manifiesta, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la ley 80 de 1993.

*3) Ahora bien, a partir de la aplicación del principio de efecto útil en la interpretación normativa, la Sala entiende que el contenido de las disposiciones que consagran al escrito como requisito *ad substantiam actus* de formación y perfeccionamiento del contrato y, aquellas que consagran la posibilidad de probar el contrato por cualquiera de los medios de convicción permitidos por la ley, se adecuan en forma armónica a la previsión del artículo 187 del C. de P. C., bajo la siguiente interpretación:*

*a) Esa disposición probatoria autoriza la utilización de cualquiera de los medios de convicción relacionados en el artículo 175 *ibídem*, a saber: testimonios, indicios, etc., pero, con la siguiente advertencia expresa: **“sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”**.*

b) Por su parte, las disposiciones contractuales de naturaleza sustancial contenidas en los artículos 18 y 39 del decreto ley 150 de 1976, 26 y 51 del decreto ley 222 de 1983 y 41 de la ley 80 de 1993 -según el caso-, imponen, perentoriamente y por regla general, la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico contractual, constituyéndose así en requisito ad substantiam actus y ad probationem, que, imposibilita probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, dado el carácter especial que revisten aquellas normas.

*c) Esa situación probatoria *ad solemnitatem* también se predica, en forma estricta y con mayor razón, cuando se trata de instrumentar esa relación mediante escritura pública, en los casos que así lo exige expresamente la ley.*

d) En ese contexto, habrá de interpretarse que el artículo 43 del decreto ley 150 de 1976 y el artículo 55 del decreto ley 222 de 1983, que daban vía libre a la posibilidad de probar la existencia del contrato con cualquier medio de convicción de los previstos en el artículo 175 del C. de P. C., serían aplicables, como por ejemplo: frente a aquellos negocios jurídicos en los que la ley no exigió que el contrato constara por escrito o, cuando el contrato se destruye materialmente, entre otros eventos.

En efecto, a título de mención, se hace referencia a los contratos cuya cuantía fuera menor a: \$50.000,00, en vigencia del decreto ley 150 de 1976 (art. 18) y, \$300.000,00,

² Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez, 23 de junio de 2010, radicado: 17860. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, 30 de agosto 2001. Radicado: 17576.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 20 de febrero de 2008, radicado: 16247.

en aplicación del decreto ley 222 de 1983 (art. 26). Actualmente, en la ley 80 de 1993, el legislador exceptuó la solemnidad escrita para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, pero, exige la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39).

Todo lo anterior hace parte del entendimiento integral de las normas relacionadas con la forma, perfeccionamiento y prueba del contrato, sin perjuicio de la posibilidad de que la parte contractual solicite al juez, por vía de la acción de controversias contractuales, la declaratoria de existencia del contrato cuando el negocio no se ha perfeccionado o no se ha legalizado, de conformidad con el artículo 87 del C. C. A..

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala, en sentencia de 30 de noviembre de 2000⁴, se pronunció sobre la posibilidad de demandar en acción de controversias contractuales, con pretensión de declaratoria de existencia del contrato, pues, el suministro de víveres se solicitaba a través de documentos como vales y formatos escritos, pero, sin perfeccionamiento ni legalización, dijo:

*“Dado que, en algunos eventos -especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, **sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes-**, puede solicitarse la declaración de existencia del respectivo negocio jurídico, en ejercicio de la acción contractual, ha expresado la Sala, adicionalmente, que para efectos de establecer si procede dicha acción o la de reparación directa, debe establecerse si las partes, en la práctica, **han recorrido o no la definición del tipo negocial, esto es, si la conducta realizada por ellas da lugar al surgimiento del contrato que aspiraron a celebrar**. Si la respuesta es afirmativa, deberá concluirse que se cumplieron los requisitos previstos en la norma para declarar la existencia y eficacia del negocio, por lo cual la acción procedente será la acción contractual; si es negativa, dicha acción no podrá prosperar. **En efecto, la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente.**”*⁵ (negritas adicionales).

De conformidad con las orientaciones jurisprudenciales antes expuestas resulta claro que la prueba del contrato escrito constituye requisito ad substantiam actus, razón por la cual la acreditación de dicho documento, debidamente suscrito por las partes y autenticado, resulta indispensable para el ejercicio de la acción contractual, salvo que la misma se encuentre orientada a obtener la declaratoria de existencia del contrato.” (negritas y subrayas no originales).

Pronunciamientos de los que se destaca en prosperidad de la pretensión de declaratoria de existencia de un contrato, que la conducta de las partes debe demostrar la intención inequívoca de dar lugar al surgimiento de un contrato, de manera que si esto no está probado no sería la acción de controversias contractuales el medio idóneo para ventilar la controversia, así mismo, *que el contrato escrito es presupuesto para el ejercicio de la acción contractual*, salvo que la pretensión esté encaminada a obtener la declaratoria de existencia del negocio jurídico contractual.

En la misma línea que se viene decantando, la Corte Constitucional ha señalado que, a los contratos estatales, además de la disposiciones civiles y comerciales, se integran los demás principios consustanciales a los contratos bilaterales, siendo uno de ellos la reciprocidad, en virtud del cual lo importante es la **equivalencia real y objetiva** entre los

⁴ Expediente 11895, actor: Eulises Barón, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵ [Nota al pie en el original]: “Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11.099, actor: Sociedad OTI de Colombia Ltda.. Sobre el mismo tema, sentencias del 4 de marzo de 1991, expediente 5825, actora: Sociedad Alberto Corredor y Cia. Ltda.; 10 de marzo de 1997, expediente 10.038, actor Oscar Gómez España.

derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, así lo desarrolló en sentencia C-892:

“ (...) el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

(...)

4.3. Principio de reciprocidad de los contratos.

4.3.1 Formulación y alcance

Tal como quedó brevemente esbozado en el acápite anterior, el principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negociada. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa[8].

(...)

4.3.2. Aplicación del principio en el régimen de contratación pública

Ahora bien, la reciprocidad en las prestaciones contractuales comporta un principio connatural o esencial al contrato administrativo que corresponde a la categoría de los sinalagmáticos (en virtud del principio del gasto público, los negocios jurídicos unilaterales y gratuitos no se integran al régimen común u ordinario de contratación estatal)[10]. Su aplicación en el campo del derecho público surge inicialmente de la jurisprudencia y de la doctrina, ante la apremiante necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equipar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista[11].

(...)"

(ii) Los fundamentos normativos de la licencia otorgada mediante la Resolución 052 de 1998, a la ETB S.A. ESP, encuentran en la Ley 72 de 1989, “por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y sobre el régimen de

concesión de los servicios”, y destaca que establece en su artículo 5o, que las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado Prestará directamente o a través de *concesiones* que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia. En tanto que su artículo 7o, establece que las concesiones podrán otorgarse *por medio de contratos o en virtud de licencias*, según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de los derechos, tasas o tarifas que fije el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, a excepción de las que corresponda fijar a Inravisión y a las Organizaciones Regionales de Televisión.

En ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en la *Ley 72 de 1989*, se expidió el Decreto 1900 de 1990 *“por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”*, que en su artículo 2o, definió al *operador* como la persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley.

El *Decreto 1900 de 1990*, estableció en su artículo 18 que, *el espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones* de conformidad con las leyes vigentes y lo contemplado en el Decreto.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del precitado Decreto 1900 de 1990, *el uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones que dará lugar al pago de los derechos que correspondan*, y según lo preceptuado en su artículo 23, la instalación, ampliación, renovación ensanche o modificación de la red de telecomunicaciones del Estado requiere autorización previa del MINISTERIO DE COMUNICACIONES, y precisó que dicho acto es distinto de la *autorización o concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones* y podrá tener carácter general si se inscribe dentro de un plan aprobado por el Ministerio de Comunicaciones.

Bajo el mismo paradigma, el *Decreto 2542 de 1997* *“Por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) y se dictan otras disposiciones.”*, estableció textualmente:

*“(…) El Ministerio de Comunicaciones **concederá licencias** para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que, según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto **para la concesión de licencia**. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD, en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación.*

PARAGRAFO. *Los concesionarios de licencias de TPBCLD deberán solicitar al Ministerio de Comunicaciones las frecuencias radioeléctricas que necesiten para la operación de los servicios concedidos en los términos que aquél establezca.” (se destaca)-*

El citado Decreto establece que, *la licencia será de diez (10) años, contados a partir del inicio de operaciones, prorrogables automáticamente por el mismo periodo y por una sola vez, y que a la terminación de las licencias se producirá la reversión de acuerdo con lo establecido en el inciso 2o del artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994.*

De acuerdo con el *artículo 5o* de la última de las referidas normas, podrán presentar solicitud para establecerse como concesionarios de licencia para los servicios de TPBCLD y la correspondiente concesión del espectro electromagnético, las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) constituidas de conformidad con la legislación colombiana, particularmente con los artículos 17 inciso 1o de la Ley 142 de 1994, 2o de la Ley 286 de 1996 y con el Código de Comercio.

Prescribe además que, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, como operador establecido y legalmente autorizado para prestar el servicio de TPBCLD podrá continuar prestando dicho servicio en las mismas condiciones regulatorias de los nuevos operadores, con excepción del *pago de la tarifa inicial*, duración de la licencia y las demás que establezca el ese decreto.

Como requisitos para para la ejecución de la licencia, se estableció el pago del *valor de la licencia* dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la expedición de la licencia, y contempló que en el caso que eso no ocurra, *“se entenderá revocada la licencia sin necesidad de acto administrativo que así lo declare”*, asimismo, se estableció que en el mismo término debería constituir una garantía de cumplimiento, por la suma de treinta millones de dólares de los Estados Unidos (US \$30.000.000) y, finalmente, indicó que el *valor inicial de la licencia para el establecimiento de nuevos operadores de TPBCLD es la suma de US\$150.000.000.00.*

El *Decreto 3045 de 1997 “por medio del cual se establece la forma de pago de la licencia a cobrarse a los nuevos operadores del servicio de TPBCLD”* determina la forma de pago del valor inicial de la licencia en los siguientes términos:

“Artículo 1º. *Forma de pago del valor inicial de la licencia. El pago del valor inicial de la licencia a cobrarse a los nuevos operadores del servicio de TPBCLD por la suma de ciento cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$150.000.000) se efectuará en cuatro (4) cuotas. La primera equivalente a treinta y siete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$37.500.000) deberá ser pagada dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la expedición de la licencia por el Ministerio de Comunicaciones. La segunda equivalente a treinta y siete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$37.500.000) deberá ser cancelada dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la expedición de la licencia. El tercer pago por la suma*

de treinta y siete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$37.500.000) deberá ser pagado por los nuevos operadores de TPBCLD, dentro de los doce (12) meses siguientes a la expedición de la licencia. El saldo, o sea la suma de treinta y siete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$37.500.000) deberá ser pagado dentro de los veinticuatro (24) meses después de efectuado el primer pago.”

(iii). El Código Contencioso Administrativo - CCA, contempló diversos mecanismos procesales, con el propósito de plantear ante los jueces, los conflictos que se susciten entre los particulares y la administración pública, siendo estas las de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En jurisprudencia del Consejo de Estado se ha considerado que el adecuado empleo de tales acciones no depende de la libre escogencia de quienes acuden a la jurisdicción contenciosa administrativa, *sino de la forma como la Administración se haya expresado o dado origen al desmedro o daño que el reclamante alega.* En estos términos lo desarrolló el Consejo de Estado⁶:

*“Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, es necesario **establecer cuál es el origen del daño que se alega, para determinar así mismo, cuál es la acción correcta;** puesto que si aquel procede o se deriva directamente de un acto administrativo que se considera ilegal, éste deberá demandarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.; pero si el daño proviene del incumplimiento de una obligación contractual, o del proferimiento de actos administrativos contractuales, o, en fin, de una relación contractual existente entre el afectado y la entidad estatal, las reclamaciones que pretendan efectuarse con fundamento en la misma, deberán encauzarse por la vía de la acción relativa a controversias contractuales, contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.*

Pero si el daño proviene, como lo dice el artículo 86, de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, la acción procedente será la de reparación directa. (se destaca).

Así pues, la acción de simple nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tiene como propósito la confrontación del acto demandando con el orden jurídico, mantener su legalidad y expulsar del ordenamiento aquella decisión administrativa de carácter general que adolece de vicios que afectan su validez, tales como la falta de competencia, la forma irregular, el desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, falsa motivación, desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo profirió o la falsa motivación.

Cuando además de examinar la legalidad de la decisión administrativa se busca el restablecimiento del derecho y/o la reparación del eventual perjuicio, debe ejercerse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 *ibídem*.

Ahora bien, cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la correspondiente indemnización, derivada de un hecho, omisión u operación administrativa, imputables a la administración pública, así como por la ocupación temporal o permanente de un inmueble, es la de reparación directa, según lo dispuesto

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de enero de 1997, exp. 1232, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

en el artículo 86 ibídem, acción que en algunos casos se ha acogido para examinar la responsabilidad por daños asociados o derivados de la ejecución de actos administrativos.

De acuerdo con lo expuesto, *resulta necesario precisar cuál es el origen del daño que se alega, para determinar cuál es la acción correcta.*

(iv) En contexto del Código Contencioso Administrativo - CCA, las excepciones previas se resuelven en sentencia, advertido que por preceptiva de su artículo 164, “*En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.*”, y en este orden, la formulación de excepciones previas, no está prevista en el proceso contencioso administrativo, dado que el artículo 163 del Decreto 01 de 1984, que contemplaba esa posibilidad, fue derogado por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989, lo que significa que todas las excepciones se tramitan como de fondo, esto es, se deben proponer en la contestación de la demanda y se deciden en la sentencia.

Por tanto, al quedar eliminada la norma que facultaba la proposición de excepciones previas, resulta inaplicable el trámite previsto en el para entonces vigente, Código de Procedimiento Civil.⁷ En este tópico la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, señaló:

“En primera instancia, en lo concerniente a la acusación relativa a la diferencia de trato entre la jurisdicción civil y la contenciosa administrativa en relación con los efectos procesales previstos ante la prosperidad de las excepciones previas acusadas, la Corte estima que tal cargo resulta en principio improcedente, en la medida en que la diferencia entre una y otra jurisdicción es indiscutible en estas materias, incluso desde sus supuestos de origen, por lo que estaríamos hablando de circunstancias plenamente diversas para una y otra jurisdicción que no nos permitirían hacer una comparación conducente en términos constitucionales.

*En efecto, adelantar un test de igualdad en este caso resultaría a todas luces, desacertado, especialmente porque debe recordarse que **en el ámbito contencioso administrativo las excepciones previas y de fondo se resuelven generalmente en la sentencia por disposición legal y expresa**, cosa que no ocurre en materia civil.”*

(v) Existe una limitación genérica para los operadores judiciales de dictar sentencias inhibitorias, aunque esta restricción no es absoluta, conforme ha señalado la Corte Constitucional, advertido que en algunos casos, este tipo de pronunciamiento se justifican ante la existencia de factores insalvables que imposibilitaban un pronunciamiento de fondo, cuando agotadas todas las herramientas, resulte imposible expedir una providencia de mérito. Precisa la Alta Corporación Judicial que⁸⁹:

“Desde luego, la proscripción de las inhibiciones no puede ser absoluta, ya que se dan circunstancias excepcionales, en las que resulta imposible adoptar fallo de mérito,

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo de 2007, exp. 33259, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez
⁸ C-666 de 1996.

⁹ En el mismo sentido, sentencias T-1017/99 y T-713/13.

a pesar de que el juez haya hecho uso de todas sus facultades y prerrogativas para integrar los presupuestos procesales de la sentencia.

Uno de tales eventos es el de la falta de jurisdicción, que corresponde en el fondo a la absoluta carencia de facultades del juez para administrar justicia en el caso controvertido. Lo que entonces se le exige es precisamente no resolver, ya que, al hacerlo, invadiría la órbita propia de una jurisdicción distinta, con ostensible violación del debido proceso (artículo 29 C.P.) y en clara extralimitación de funciones públicas (artículo 6 C.P.), lo que justifica la inhibición cuando la demanda no ha sido rechazada de plano.

Hipótesis distinta es la de falta de competencia del juez, si ella corresponde a otro de la misma jurisdicción, pues entonces no tiene lugar la decisión inhibitoria, en cuanto lo procedente es el envío de las diligencias al competente. Ello es posible en tal caso, a partir del concepto de economía procesal y en cuanto no se rompe la autonomía que la Constitución consagra en cabeza de las distintas jurisdicciones.

Los otros casos que puedan presentarse deben ser de tal naturaleza que, agotadas por el juez todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para resolver y adoptadas por él la totalidad de las medidas conducentes a la misma finalidad, siga siendo imposible la decisión de fondo. De tal modo que, siempre que exista alguna posibilidad de arribar a ella, la obligación ineludible del fallador consiste en proferir providencia de mérito, so pena de incurrir en denegación de justicia.

*“La exequibilidad de los preceptos enunciados se condiciona, además, en el sentido de que **las providencias judiciales inhibitorias únicamente pueden adoptarse cuando, ejercidas todas las atribuciones del juez y adoptadas por él la totalidad de las medidas procesales para integrar los presupuestos del fallo, resulte absolutamente imposible proferir decisión de fondo**”.* (Se destaca)

(vi) La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es interviniente en el Proceso Contencioso Administrativo, según prescribe el Código General del Proceso -CGP, en su artículo 610, conforme al cual, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, cuando actúe como interviniente, tendrá las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el respectivo proceso y, en especial, proponer excepciones previas y de mérito, coadyuvar u oponerse a la demanda, entre otras.

Por su parte el Decreto 4085 de 2011 “Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”, en relación con el ejercicio de la representación de la Agencia en los procesos judiciales prescribe:

*“3. En relación con el ejercicio de la representación: (i) Asumir, en calidad de demandante, **interviniente**, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la Ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios: la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente jurisprudencia (...)*

En síntesis, la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, puede intervenir y por consiguiente actuar en cualquier proceso que se tramite ante la jurisdicción, cualquiera sea el estado en el que se encuentre, mediante escrito presentado ante el juez de conocimiento, oportunidad en la que tendrá las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el

presente proceso, entre ellas: proponer excepciones previas y de mérito, coadyuvar u oponerse a la demanda, aportar y solicitar la práctica de pruebas e intervenir en su práctica e interponer los recursos que procedan.

3.3. CASO CONCRETO

3.3.1. Aspectos probatorios

3.3.1.1. La comunidad probatoria encuentra integrada por documental, testimonial y pericial y avizora válida y eficaz. Sin embargo, para efectos de solucionar los problemas jurídicos sobre la naturaleza jurídica de la licencia otorgada y la procedencia del medio de control, solamente se resaltarán los medios pertinentes para tal fin.

Es así que revisten importancia en labor de resolver la controversia que se suscita en punto de la no idoneidad, en el caso concreto, de la acción de controversia contractual, los siguientes **supuestos fácticos y medios de prueba:**

- Resolución 052 de 15 de enero de 1998, del MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, por la que se otorga a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. licencia por el término de diez (10) años para establecerse como operador de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia – TPBCLD- ; para el uso y explotación del Espectro Electromagnético requerido para la prestación del citado servicio de TPBCLD-, y para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, también con fines al servicio de TPBCLD; en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Conceder a la empresa de telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. licencia para establecerse como operador de TPBCLD y para usar explotar el espectro electromagnético para la prestación del servicio de TPBCLD, por el término de 10 años, contados a partir del inicio de operaciones, prorrogables automáticamente por el mismo periodo y por una sola vez. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación.

Artículo 2°- La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá iniciar sus operaciones dentro del plazo máximo improrrogable de 12 meses contados a partir de la fecha de expedición de la licencia.

Artículo 3°- La empresa telecomunicaciones de Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá cancelar el valor inicial de esta licencia en los términos y condiciones que establece el Decreto 3045 de 1997.

Artículo 4°- Dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la expedición de esta licencia, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá constituir una garantía de cumplimiento expedida de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 2542 de 1997.

Artículo 5°- La empresa de Telecomunicaciones Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá informar al Ministerio de comunicaciones la fecha programada para

el inicio operaciones del servicio de TPBLCD con el fin de que dentro de los 30 días hábiles anteriores ha dicho inicio de operaciones, verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin imparta la autorización respectiva.

Artículo 6°- La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá cumplir con las normas de telecomunicaciones y en especial con lo establecido en el Decreto 1900 de 1994 con la Ley 142 de 1994, con el Decreto 2542 de 1997, con los Planes Técnicos Básicos y reglamentarios expedidos por el Ministerio Comunicaciones, con el Decreto 3045 del 97 y con todas aquellas posiciones que la modifiquen; adicione y aclaren.

Artículo 7°- La Empresa de Telecomunicaciones Santa Fe Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. deberá solicitar al Ministerio de Comunicaciones las frecuencias radioeléctricas que necesite para la operación del servicio de TPBLCD previo cumplimiento de las normas pertinentes y al pago de los derechos que correspondan. El otorgamiento de la frecuencia por parte del ministerio comunicaciones estará sujeto a la disponibilidad de las mismas.

Artículo 8°- El cumplimiento por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé Bogotá S.A. E.S.P. E.T.B. de la legislación vigente ocasionará la (s) sanción (es) correspondiente (es).

(...)" (fls. 184 a 186 anexo 3 de pruebas)

- Resolución 03177 de 30 de noviembre de 1998, expedida por el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, por la que se "autorizó el inicio de operaciones en el servicio de TPBLCD a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P. –ETB S.A. E.S.P. en las condiciones previstas en la ley, la reglamentación y en la licencia respectiva". (fls. 200 c. anexo de pruebas).

- Resolución 02357 de 13 de octubre de 2005, del MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, por la que se modifica la licencia otorgada mediante Resolución 052 de 15 de enero de 1998, a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. E.T.B., consignando como motivos:

"Que el Decreto 2542 de 1997, fue modificado por el Decreto 2926 de 2005, expedido en razón a los cambios que vivía el mercado de la larga distancia, y teniendo en cuenta el impacto de su apertura, que hizo necesario modificar las normas que lo reglamentan y ajustar las condiciones bajo las cuales se presta el servicio, así como los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, que hicieron necesario modificar el régimen para la prestación del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, ajustar las condiciones de prestación del mismo, y permitir el ingreso de nuevos operadores a partir del 1º de agosto de 2007."

Y resuelve en los siguientes términos:

Artículo 1°. La EMRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. continuará prestando el servicio de Telefonía Pública Básica conmutada de Larga Distancia TPBLCD, en los términos y condiciones económicas estipuladas en Resolución 0052 de 15 de enero de 1998, hasta el 31 de julio de 2007, fecha a partir de la cual la licencia otorgada para la prestación del servicio de TPBLCD queda sujeta a las condiciones establecidas en el capítulo II del Decreto 2926 de 2005 y en la normatividad aplicable a la prestación del servicio.

Artículo 2°. La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. E.T.B. continuará pagando al Fondo de Comunicaciones, el cinco por ciento (5%) de sus ingresos brutos; entendidos como tales los ingresos brutos totales menos los cargos pagados por acceso y uno de los TPBCL y TPBCLE y los pagos a los conectantes internacionales por terminación de las llamadas. Este pago se hará trimestralmente en la cuenta o cuentas que para tal efecto señale el Fondo de Comunicaciones.

Parágrafo: La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. E.T.B. de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2926 de 2005 y en relación con su obligación de pago de esta contraprestación periódica, podrá acogerse a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1972 bajo las condiciones previstas en la normatividad vigente.

(...)" (Fls. 289 a 290 anexo 3 de pruebas).

- Estudio elaborado por la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, en marzo de 2005, contentivo de Análisis del Mercado de Comunicaciones Originadas en la Red Fija y Terminadas en la Red Móvil, que concluye así:

"6. *Conclusión y alternativas de regulación.* Como se ha reiterado a lo largo del documento, dadas las condiciones actuales del mercado FM en Colombia y basados en benchmark adecuados y en el impacto sobre el bienestar que tienen las tarifas FM, **es necesario intervenir el mercado con el fin de garantizar, por el lado de la oferta una competencia en condiciones de igualdad entre fijos y móviles toda vez que la tarifa FM es un dispositivo poderoso para desincentivar el uso del fijo y desviar clientela.** Por el lado de la demanda, se debe proteger al usuario fijo de cargos alejados del costo, permitiendo una distribución más equilibrada del excedente económico del mercado.

Adicionalmente, y habiendo constatado en el capítulo 2 que los operadores móviles han competido con las tarifas en el mercado de las comunicaciones MM, no es de esperar que, en Colombia, la regulación del mercado se revierta en mayores tarifas MM dado que cualquier operador móvil podría verse afectado por efecto de la competencia, si incrementara sus tarifas MM.

Entonces, la CRT propone como instrumentos alternativos de regulación:

- *Elaborar reglas mandatorias que mejoren la información de los usuarios acerca de las tarifas FM.*
- *Definir una prueba de imputación con el fin de prevenir que las tarifas FM se alejen de los niveles de costos eficientes y utilidad razonables asociados al servicio, de tal manera que tanto regulador como ente de control cuenten con un criterio objetivo para evaluar las tarifas que prevalezcan en el mercado.*
- *Redefinir las llamadas FM y establecer:*
- *Los cargos de terminación en redes móviles para el tráfico proveniente de las redes de TPBC ó*
- *Un tope de precios para la tarifa FM y la respectiva regla de ajuste (IPC-X).*

*Las dos primeras alternativas minimizan la intervención del regulador, en el sentido en que **no se regula directamente la tarifa al usuario final sino, que se definen los costos de la prestación del servicio por el uso de la red móvil al terminar llamadas en ella.***

Sin embargo, si aun mejorando la información del usuario y estableciendo una prueba de imputación, no se observa una reducción tarifaria, entonces, será necesario explorar los mecanismos directos de regulación como la redefinición del responsable de las llamadas y como la regulación directa del cargo de terminación o la misma tarifa FM. (...)" (fls. 331 a 334 anexo 3 de pruebas).

- Acta de constitución de la Alianza contra el Fraude en Telecomunicaciones de larga Distancia Nacional e Internacional, adiada 13 de agosto de 1999, suscrita entre TELECOM, ETB y ORBITEL y convenio interinstitucional entre la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES –TELECOM-, LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ E.S.P. S.A. ETB y ORBITEL S.A. E.S.P. que consigna:

“Que LAS EMPRESAS han venido realizando un trabajo conjunto desde el segundo trimestre del presente año en la lucha contra el fraude en materia de larga distancia, y como producto del mismo han formulado denuncias penales y suscrito por sus representantes legales el Acta de Constitución de la Alianza contra el fraude en Telecomunicaciones de Larga Distancia Nacional e Internacional el 13 de agosto de 1999.

(...)

“CLAUSULA PRIMERA. LAS EMPRESAS acuerdan que en los procesos penales en los cuales la Fiscalía haya abierto o abra investigación por denuncia realizada por éstas o de oficio contra los autores de fraude de larga distancia, LAS EMPRESAS se constituirán en todos o algunos de ellos, en parte civil por medio de apoderado(s) comunes contratado(s) por las mismas, con el objetivo de garantizar la unidad jurídica conceptual, consolidar los perjuicios y evitar argumentos dilatorios o exceptivos de la defensa en relación con los perjuicios causados.” (fls. 341 a 345 anexo 3 de pruebas).

3.3.1.2. Comunidad probatoria, en contexto de la que destacan, con fines a determinar la idoneidad de la promovida, como hechos probados:

En enero de 1998, mediante acto administrativo, el MINISTERIO DE COMUNICACIONES concedió a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTÁ S.A. ESP, por un término de diez (10) años, con prórroga automática por una sola vez, de licencia para establecerse como operador de TPBCLD, y usar y explotar el espectro electromagnético y las redes de telecomunicaciones con los mismos fines de prestación de los servicios de TPBCLD, condicionada en su puesta en operación al pago de la suma regulada en los Decretos 3045 de 1997 y 2542 de 1997, y otros requisitos, verificados mediante autorización; y ésta se otorgó, mediante acto administrativo, del mismo Ministerio, en noviembre de la citada anualidad de 1998. En octubre de 2005, el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, mediante acto administrativo, modificó la licencia concedida a la ETB S.A. ESP, para la prestación del servicio de TPBCLD, sujetándola a las condiciones establecidas en el capítulo II del Decreto 2926 de 2005, modificatorio del Decreto 2542 de 1997, y la normatividad aplicable a la prestación del servicio.

3.4. Análisis y decisión caso concreto.

3.4.1. El litigio planteado por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA – ETB S.A. ESP, contra el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, no tiene fuente en una relación comercial o contrato y, en consecuencia, la acción contractual por la que se promovió la demanda, no es idónea.

3.4.1.1. Es así como quiera que conforme acredita la realidad procesal, fue mediante acto administrativo, la Resolución 052 de 15 de enero de 1998, que el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, otorgó a la ETB S.A. ESP, concesión para actuar como operadora de TPBCLD, y concesión para usar y explotar el espectro electromagnético y

las redes de telecomunicaciones, con fines al mismo servicio de TPBCLD, y también fue a través de acto administrativo, Resolución 03177 de 30 de noviembre de 1998, que se le autorizó el inicio de operaciones. Decisiones de la administración que evidencian unilaterales, advertido que aún a su forma, decisión instrumentada en resolución emitida unilateralmente por el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, la normativa que regula la materia y en contexto de la cual, incluso el valor pagado por concepto de la licencia, es un tópico reglado, para entonces, Decretos 3045 de 1997 y 2542 de 1997,

3.4.1.2. En contraste toda relación comercial, presupone un acuerdo de voluntades entre los extremos que intervienen en la misma, a modo de consenso que se asume en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y el contrato estatal, caracteriza independientemente de su forma, porque una entidad u organismo del Estado, actúa como extremo contratante, su objeto, encuentra relacionado con el interés público; compromete recursos de naturaleza pública, y exige, un acuerdo de voluntades. En términos generales puede afirmarse que es contrato estatal todo negocio jurídico bilateral en los que sea parte un ente público, celebrados con la observancia de ciertas reglas especiales en su formación y productores de obligaciones tendientes a la satisfacción del interés general; se trata de un negocio jurídico bilateral, en los que se establecen prestaciones mutuas, las cuales se estiman como equivalentes, ello fundamentado en el principio de reciprocidad.

Asume entonces categórico, desde la definición misma del acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto; se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo - órgano competente; objetivo -presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa, y formal - procedimiento de expedición;¹⁰ que la aducida por la aquí accionante ETB S.A. ESP, Resolución 052 de 15 de enero de 1998, expedida por el MINISTERIO DE COMUNICACIONES, adolece del enunciado presupuesto de consenso de voluntades, y además, del de conmutatividad, como quiera que éste se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato, y el precitado acto administrativo, así como el de la autorización para entrar en operación y aquel por el que se modificó la licencia, no contienen ninguna premisa de conmutatividad.

Es así que la precitada Resolución de otorgamiento de licencia, solo establece cargas para la ETB S.A ESP, con ocasión de la licencia concedida, tales como el deber de iniciar operaciones en un plazo determinado, cancelar el valor de la licencia en los términos del

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, providencia del 12 de octubre de 2017, Rad. 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950)

Decreto 3045 de 1997 y constituir garantía de cumplimiento según lo dispuesto en el Decreto 2542 de 1997.

3.4.1.3. El cifrado paradigma respecto a la no existencia de una relación negocial o contrato, fortalece contrastado que la Ley 72 de 1989, vigente para la fecha de los hechos, estableció que las telecomunicaciones son un servicio público que se podría prestar directamente o a través de concesiones, así mismo señaló -artículo 7°- que las concesiones podrían otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo dispusiera el gobierno nacional, y daría lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fijaría el MINISTERIO DE TELECOMUNICACIONES, distinguiéndose entonces dos formas de realizar la concesión.

El Decreto 1900 de 1990, reglamentario de la anterior disposición, señala que el operador, es decir, la persona responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones se convierte en tal por virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley, así mismo, consagra que para el uso de frecuencia radioeléctricas requiere **permiso** previo que dará lugar al pago de derechos, por lo que el rastreo de las normas con base en las cuales se expidió la Resolución nro. 052 de 1998, dan cuenta que aunque la norma distingue dos formas para llevar a cabo la concesión, contrato o licencia, en este caso se adoptó la figura de la **licencia**, esto es, la posibilidad de autorizar de manera unilateral.

Ahora bien, además de que la Resolución nro. 052 de 1998 no cumple con las características generales de los contratos administrativos en cuanto a perfeccionamiento, conmutatividad o bilateralidad, y que la norma posibilita dos formas de la concesión, una unilateral y otra bilateral, el Decreto 2542 de 1997 contempla que el Ministerio de Comunicaciones **concederá licencias** para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto para la concesión de licencia.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que lo que en el *sub judice* se otorgó fue una licencia, es decir, un acto administrativo unilateral, y no sobra precisar que, aunque en el acto administrativo de utilizó la expresión “conceder licencia” esta no está aludiendo a contrato alguno, sino que fue plasmada con la acepción de **otorgar, conferir, asignar** la licencia.

Así las cosas, en la interpretación de la Sala, la Resolución nro. 0052 de 1998, al conceder una licencia, lo que hizo fue dar un permiso, más no celebrar un contrato de concesión en los términos previstos en la Ley 80 de 1993.

En síntesis, la Resolución nro. 0052 de 1998 no cumple con las características de contrato estatal, pues en este caso no se advierte la propia forma del contrato, no hay proceso de contratación del que haya derivado y no hay prueba a partir de la cual se pueda rastrear que la intención de la administración fue celebrar un contrato, y la regulación específica aplicable al caso, es clara para concluir que lo que se quiso fue conceder una licencia.

Por lo anterior, al no contarse con contrato, no es posible ventilar las pretensiones de la demanda bajo la acción contractual. En consecuencia, corresponde a la Sala acudir a la fuente del daño que el actor alega, para efectos de determinar cuál era la acción que debió impetrar.

3.4.2. Al no existir vínculo contractual la controversia debió ventilarse a través de las acciones idóneas de acuerdo con las fuentes del daño invocado.

Advierte la Sala que el primer presupuesto de responsabilidad del Estado que alega la parte activa, es que el valor inicial de la licencia de TPBCLD fue sobrestimado, en tanto se basó en un modelo no acorde con la realidad del tráfico de llamadas, existiendo una diferencia de ingresos, pues el tráfico real fue inferior al previsto, por lo que el valor de la licencia tuvo unos estudios de mercado muy distintos a lo que ETB encontró en la realidad.

Frente al valor de la licencia otorgada mediante Resolución nro. 052 de 1998, se tiene que este se estableció en el **Decreto 2542 de 1997, artículo 35, en los siguientes términos:**

“ARTICULO 35. VALOR INICIAL DE LA LICENCIA. Fíjese el valor inicial de la licencia para el establecimiento de nuevos operadores de TPBCLD en la suma de ciento cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$150.000.000.00), suma que deberá ser consignada en la cuenta o cuentas que para tal efecto designe el Ministerio de Comunicaciones - Fondo de Comunicaciones y que deberá ser pagada en los términos y condiciones previstos en el presente decreto.”

Igualmente, el Decreto 3045 de 1997, contempló la forma de pago de la licencia, señalando que el valor fijado en el Decreto 2542 de 1997 se cancelaría en 4 cuotas, la primera dentro de los 20 días calendarios siguientes a la expedición de la licencia, la segunda dentro de los 90 días siguientes, la tercera dentro de los 12 meses, y el saldo, dentro de los 24 meses.

El actor alega que el valor de la licencia fue sobre estimado, porque, a su juicio, los estudios con base en los cuales se estableció el valor no tuvieron en cuenta el tráfico real de telecomunicaciones, sin embargo, la Sala advierte que la suma que se estableció para los nuevos operadores se condensó en una norma legal, que pudo ser objeto de acción de nulidad por falsa motivación o nulidad y restablecimiento del derecho si el actor, como nuevo operador, consideraba que de la misma le derivaba un perjuicio.

Ahora, atendiendo a que si bien la activa alega que pudo constatar que el valor de la licencia había sido mal calculado durante el lapso de la ejecución del contrato, aunque por términos de caducidad, de entrada, la acción con pretensión de restablecimiento estaría caduca, la acción de simple nulidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A. sí podía ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

De otro lado, alega el actor como fuente de responsabilidad de la administración que la pasiva modificó las condiciones de la licencia otorgada desconociendo los derechos adquiridos, y que tal modificación derivó de lo establecido en el Decreto 2926 de 2005, sin embargo, advierte la Sala que esta modificación se llevó a cabo a través de la Resolución nro. 2357 de 13 de octubre de 2005, es decir, que se materializó a través de un acto administrativo. En ese mismo orden, menciona como fuente de su daño que la administración expidió la Circular 01 de 1 de mayo de 1998, a través de la que se actualizó el plan de numeración y asignó a los operadores móviles código de escape, lo que permitió a estos operadores realizar llamadas desde teléfonos celulares a teléfonos fijos sin utilizar los servicios de los TPBCLD, a consecuencia de lo cual el tráfico de llamadas disminuyó sustancialmente.

Es así como se advierte como generadores del daño la expedición de al menos dos actos administrativos, de los que si el demandante consideró lesionados sus derechos pudo accionar buscando su nulidad y el restablecimiento, así como que se le reparara el daño, si consideraba que alguno se le causó.

De acuerdo con el planteamiento de la demanda, la parte actora conoció que el origen del daño se encontraba en los referidos actos administrativos, y se trata de un asunto que no es debatible bajo el medio de control de controversias contractuales, por cuanto, además de que no hay contrato, se trató de situaciones que tuvieron su origen en la expresión del Estado mediante actos administrativos cuya legalidad debe ser desvirtuada.

3.4.3. Tampoco prosperan las pretensiones subsidiarias, por cuanto las mismas son propias de una acción de reparación directa, a la que acudiendo incluso por vía del *iura novit curia* y en aras de evitar una decisión inhibitoria, no podría ser resuelta de fondo por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

El actor plantea en el presente caso pretensiones subsidiarias que están encaminadas a que se declare que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, antes Ministerio de Comunicaciones, incumplió las obligaciones que le correspondía como parte concedente en cuanto haber omitido el control y no impedir las conductas restrictivas de la competencia de los operadores de telefonía móvil celular y de impedir que operadores sin licencia presten sus servicios de TPBLCD, fuente del daño que tiene fundamento en una alegada omisión de las funciones del entonces Ministerio de Comunicaciones, aspecto de resorte de la acción de reparación directa.

Es así como en el presente caso se acumularon pretensiones principales y subsidiarias, por lo que si las primeras no prosperan debe analizarse las subsidiarias, lo cual resulta procedente para el caso, por cuanto el artículo 82 del CPC establece que el demandante puede acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre y cuando el juez sea competente para conocer de todas; las pretensiones no se excluyan entre sí; y **todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento**, advertido que se cumplen los presupuestos en tanto, además de ser el mismo juez competente y no excluirse las pretensiones entre sí, el procedimiento bajo el cual se tramitan es el mismo, habida cuenta que se advierte que de acuerdo con lo establecido en el artículo 206 del C.C.A11 los procesos relativos a reparación directa y controversias sobre contratos se tramitarán por el mismo procedimiento, es decir, el ordinario.

Entonces, pese a que en el sistema procesal bajo el cual se tramitó la presente controversia no está contemplada la posibilidad de adecuar la acción y dar el trámite que corresponde, con el objetivo de evitar una decisión inhibitoria, salvaguardar el derecho de acceso a la administración de justicia, y en aplicación del principio *iura novit curia*, correspondería a esta Sala conocer el presente asunto bajo el entendido de que se trata de reparación directa.

No obstante, de acuerdo con los medios probatorios se evidencia que la activa tuvo conocimiento de las conductas restrictivas de la competencia de los operadores de telefonía móvil celular con el documento denominado “Análisis de mercado de comunicaciones originadas en la red fija y terminadas en la Red Móvil”, elaborado por la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones **en marzo de 2005**, y de la existencia de operadores sin licencia que prestaban sus servicios de TPBLCD, al menos desde el **13 de agosto de 1999**, fecha en que ETB, ORBITEL y TELECOM firmaron la Alianza contra el Fraude en Telecomunicaciones de larga Distancia Nacional e Internacional, que posteriormente llevó a la firma de convenio interinstitucional que estuvo sustentado en el

¹¹ **“ARTÍCULO 206. Modificado por el art. 45, Decreto Nacional 2304 de 1989** Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, **reparación directa**, a **controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad** y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, **se tramitarán por el procedimiento ordinario**. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial”

trabajo que llevaban desarrollando en el “segundo trimestre del presente año en la lucha contra el fraude en materia de larga distancia, y como producto del mismo han formulado denuncias penales”, fechas que al contraste con la de la presentación de la demanda, **20 de abril de 2010**, (fl. 116 vto. C. principal), permiten concluir que la acción de reparación directa estaría caducada.

De acuerdo con lo expuesto con precedencia, si bien, deben evitarse los pronunciamientos inhibitorios, la Corte Constitucional ha justificado este tipo de pronunciamientos en los casos en que existen factores insalvables que no permitan un pronunciamiento de mérito, más cuando en el sistema procesal bajo el cual se ventiló la presente controversia las excepciones previas se definen en la sentencia.

De este modo, para el asunto *sub judice*, no es posible emitir un pronunciamiento de mérito, habida cuenta que, para esto, tendrían que redirigirse las pretensiones de la demanda y replantear la existencia de un contrato estatal, las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho no son de resorte de la Sección Tercera del Tribunal, por lo que se desconocería el principio de especialidad que rige a esta Corporación, ello sin considerar que al menos la acción de nulidad con pretensión de restablecimiento del derecho estaría caduca; y en cuanto a las pretensiones subsidiarias, aun en aplicación del *iura novit curia* tampoco sería posible un pronunciamiento de fondo por haberse configurado la caducidad de la acción.

En tales condiciones, se deberá declarar próspera la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia de la acción propuesta tanto por la pasiva como por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que intervino en el presente proceso, en la medida que no se puede zanjar la controversia planteada, lo cual conduce, necesariamente, a una decisión inhibitoria.

3.4.4. Sin condena en costas, como quiera que no se advierte la existencia de temeridad manifiesta de la parte vencida, supuesto éste último que asume como requisito normativo de la condena en costas, en marco del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo - CCA, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: Declarar próspera la excepción de inepta demanda, por indebida escogencia de la acción. En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia **LIQUÍDENSE** por Secretaría los gastos de proceso. **DEVUÉLVANSE** los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

CUARTO: Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE¹²
MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

¹² La presente providencia fue firmada electrónicamente por la magistrada en la plataforma del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta.