

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00107-00 (57498)

Actor: MARÍA LUCRECIA OSPINA MONTOYA

Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN -DNP-

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Temas: Demanda de nulidad contra el artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, que regula la retribución de los proyectos de agua potable y saneamiento básico bajo el esquema de APP / La demanda de nulidad exige, so pena de la denegatoria de las pretensiones, que el actor exponga argumentos serios, suficientes y pertinentes, orientados a demostrar la causal de ilegalidad que se invoca.

La Sala decide, en única instancia, y en sentencia anticipada, el medio de control de nulidad presentado por la señora María Lucrecia Ospina Montoya, en contra del párrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, expedido por el Departamento Nacional de Planeación -DNP-.

I. ANTECEDENTES:

1. La demanda y su fundamentación

Mediante demanda radicada ante la Sección Primera del Consejo de Estado, el 13 de abril de 2016 (fls. 2 – 6, c. ppl.), la señora María Lucrecia Ospina Montoya, actuando en nombre propio, y en ejercicio del medio de control de nulidad, previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, se dirigió en contra del Departamento Nacional de Planeación, con el fin de obtener la nulidad del párrafo 1 del artículo

2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, cuyo contenido es el siguiente (se resalta lo demandado):

Artículo 2.2.2.1.9.4. Retribución en proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico, bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas. En los contratos de

Asociaciones Público Privadas, se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacten, por el tiempo que se acuerde, con aportes del estado cuando la naturaleza del proyecto lo amerite.

En la estructuración financiera se deberá diferenciar, qué actividades del proyecto se retribuirán a través de la explotación económica y qué parte mediante el desembolso de recursos públicos.

Dentro de las estipulaciones contractuales que se pacten, se deberán establecer las condiciones en que se realizará el giro de los recursos recaudados por concepto de la prestación del servicio y que hagan parte del proyecto, al patrimonio autónomo que se constituya para su ejecución de conformidad con el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012.

Parágrafo 1. Para todos los efectos, los recursos asignados a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos para cubrir las necesidades de subsidios de usuarios de los estratos 1, 2 y 3, de acuerdo con la Ley 1508 de 2012, constituyen desembolsos de recursos públicos.

Parágrafo 2. El derecho a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier retribución, en proyectos de Asociación Público Privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto.

Parágrafo 3. Dentro de los esquemas de Asociación Público Privada, se podrá hacer uso del giro directo de los recursos del Sistema General de Participaciones conforme a lo dispuesto en el Decreto 1484 de 2014 compilado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Vivienda, Ciudad y Territorio¹.

Según la parte actora, la disposición mencionada transgrede el artículo 368 de la Constitución, en virtud del cual: *“La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.*

Explicó que los subsidios, en los términos de la Constitución, son aportes del Estado a favor de las personas de escasos recursos, los cuales tienen por finalidad que

¹ La petición de la demanda precisa: *“Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, Sección Primera, declarar la nulidad del parágrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4 del Decreto 1082 de 2015, proferido por El Departamento Nacional de Planeación y La Presidencia de la República. Así pues, al declarar la nulidad del parágrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4 del Decreto 1082 de 2015, solicito indicar de forma precisa que las normas concordantes con dicha disposición, no son aplicables en razón de la declaratoria de nulidad del acto acusado”* (fl. 5, c. ppl.).

estos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos. Por lo mismo, no son mecanismos de financiación de proyectos de ningún orden, sino instrumentos que buscan ayudar a las personas menos favorecidas para que puedan solventar sus necesidades mínimas.

En su criterio, si un subsidio se emplea para financiar un proyecto de inversión, se

estaría violando la Carta Política, al tiempo que se estaría cometiendo, posiblemente, un delito.

Refirió los “*subsidios cruzados*”, los cuales no son recursos del presupuesto, sino mecanismos de equidad social, a través de los cuales los ciudadanos de estratos 5 y 6 hacen aportes para ayudar al pago de los servicios públicos de la población de estratos 1 y 2. Aunque estos recursos se cobran por virtud de un mandato legal, jamás entran al presupuesto, por lo que no pueden hacer parte de este último, como lo señala la norma demandada².

Aunado a lo anterior, explicó que la disposición cuestionada ha imposibilitado presentar, a consideración del Estado, asociaciones público privadas para la construcción de infraestructura que permita proveerle a los ciudadanos agua potable y saneamiento básico, “[...] *porque siempre los ingresos por ese servicio, financiados con subsidios son superiores al 30 % que la ley 1753 de 2015, en su artículo 38 permite para proyectos distintos a los de transporte, en particular para la prestación de servicios públicos*” (fl. 5, c. ppl.).

Así, aseguró: “*El artículo en mención hace inocuo todo el decreto que regula las Asociaciones Público Privadas para el sector de agua potable y saneamiento básico. No se ha podido presentar a la fecha una sola iniciativa con recursos 100% privado (sic) por que (sic) la disposición demandada lo impide, con gravísimo perjuicio para los ciudadanos que por un capricho intelectual de tecnócratas, no disponen de agua potable y saneamiento básico porque ni la nación ni las entidades territoriales tienen los recursos para financiar la infraestructura, ni los particulares pueden construirla, operarla y mantenerla porque la disposición que se demanda lo impide*” (fl. 5, c. ppl.).

² La demanda sostiene: “*Con el subsidio se paga un servicio que se le presta (sic) a un ciudadano, eso manda la Constitución, se paga a una empresa de Servicios públicos el costo en que incurrió para la prestación de un servicio, no un proyecto de inversión*” (fl. 5, c. ppl.).

Finalmente, precisó que la disposición reprochada tenía un importante efecto sobre la salud pública, porque impide la realización de inversiones urgentes en agua potable y saneamiento básico, lo cual causaba “*muertos*”, especialmente, niños.

Al referir el fundamento de la demanda, reiteró que el párrafo cuestionado transgrede el artículo 368 de la Constitución, al igual que el inciso tercero del artículo 13 *ibídem*, y el literal a) del artículo 11 de la Ley 1176 de 2007.

2. Trámite procesal

Por medio del auto del 24 de mayo de 2016 (fl. 9, c. ppl.), la Sección Primera del Consejo de Estado estimó que no era competente para conocer del asunto, dado que el medio de control de nulidad fue interpuesto en contra de una norma que reglamentó las APP, que es un asunto asignado a la Sección Tercera.

En auto del 26 de enero de 2017 (fls. 15 – 18, c. ppl.), el despacho de la magistrada sustanciadora admitió la demanda, y ordenó su notificación al representante del Departamento Nacional de Planeación, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, fijó los gastos de notificación y corrió traslado de la demanda.

En providencia del 9 de febrero de 2017 (fl. 20, c. ppl.), la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación advirtió de la existencia de otros procesos en curso contra la misma norma, por lo que solicitó la certificación de que trata el artículo 150 del CGP, para efectos de una posible acumulación de pretensiones.

En el auto que resuelve la medida cautelar, se afirmó que: *“El 12 de febrero de 2018, la Subsección B de la Sección Tercera de este cuerpo colegiado decidió excluir el presente proceso de la mencionada acumulación de pretensiones, debido a que la norma aquí demandada reprodujo una norma del Decreto 063 de 2015, mientras que los demás procesos analizados reprodujeron normas del Decreto 1510 de 2013”*(fls. 19, reverso – 20, c. de medidas cautelares)³.

³ En la sentencia del 22 de octubre de 2021, la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación enunció: *“En auto de 12 de febrero de 2018 se ordenó la acumulación de los procesos 11001-03-26-000-2017-00012-00 (58.642), 11001-03-26-000-2016-00173-00 (58.350), 11001-03-26-000-2015-00182-00 (56.144) y 11001-03-26-000-2016-00159-00 (58.191) al proceso 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56.165) y se excluyó de esa decisión el proceso 11001-03-26-000-2016-00107-00 (57.498). Lo anterior, al encontrar que tales procesos guardaban conexidad, derivada principalmente del hecho de que se refieren al Decreto 1082 de 2015”* (Consejo de Estado, Sección

3. Contestación de la demanda

El 23 de mayo de 2017, el Departamento Nacional de Planeación -DNP- contestó la demanda (fls. 26 – 29, c. ppl.), oponiéndose a las pretensiones de la misma. Explicó que, en su criterio, la demandante se confundió al considerar que, con la norma demandada, los subsidios se convierten en fuente de financiación de los proyectos de APP.

Luego de abordar algunos motivos por los que las APP ingresaron al ordenamiento jurídico nacional, y de resaltar que los pagos para el privado se condicionan a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad, indicó que el particular es quien tiene la obligación de financiar las inversiones necesarias para el desarrollo del proyecto, lo cual es diferente a los mecanismos que se pactan para que este recupere su inversión.

Por lo mismo, la naturaleza, los montos, la forma de calcularlos, los mecanismos de contribución y, en general, el régimen jurídico que regula el otorgamiento de los subsidios públicos no ha sido modificado.

Sumado a ello, señaló que la Ley 142 de 1994, en el artículo 89, consagró la creación de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos -FSRI-, cuyo objeto es canalizar los recursos destinados a sufragar subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar los servicios públicos domiciliarios. Asimismo, esta ley establece la obligación de los concejos municipales de crear dichos fondos, con el fin de que, a través de ellos, se incorporen al presupuesto de la respectiva entidad territorial las transferencias que deben hacerse a las empresas de servicios públicos, teniendo en cuenta que los fondos tienen como propósito subsidiar a los usuarios de estratos 1, 2 y 3.

Los FSRI, de acuerdo con el Decreto 1077 de 2015, son cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, distritos y departamentos, a través de los cuales se contabilizarán los recursos destinados a otorgar subsidios a los servicios públicos domiciliarios. Además, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los recursos que se incorporan a los fondos hacen parte del presupuesto de la respectiva entidad, pues, al destinarse a la financiación de los

Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de octubre de 2021, C.P.: Marta Nubia Velásquez. Rad.: 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56.165)).

subsidios para pagar las tarifas de los usuarios de menores recursos, configuran un gasto público.

Aseveró que el párrafo cuestionado solo refleja un mandato legal -inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012-, puesto que se limita a señalar que los recursos asignados a los FSRI constituyen desembolsos de recursos públicos, por formar parte de la entidad territorial e, inclusive, considerarse que provienen también de un fondo público.

Aseguró que las tarifas que se les cobra a los usuarios no solo cubren el servicio

prestado por las empresas de servicios públicos, sino también los costos de inversión en los que incurre la empresa para prestar el servicio. Así, *“Lo que paga el usuario es un servicio; el reconocimiento de un subsidio y su consecuente pago está también ligado a la prestación del servicio. Otra cosa diferente es que tanto la Ley como su reglamento establezcan condiciones o requisitos para que el sector privado presente Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada a consideración de las entidades competentes, como el caso del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 y el parágrafo 1 del Artículo 2.2.2.1.9.4 del Decreto 1082 de 2015”* (fl. 28, c. ppl.).

Reiteró que, a partir de lo dispuesto en la Ley 142 y en el Decreto 565 de 1997, los subsidios y los recursos de los FSRI son públicos, y mediante ellos se hace un gasto público social. Además, según el numeral 99.6 del artículo 99 de aquella ley, la recuperación de la inversión hecha para prestar los servicios públicos, podrá ser cubierta por los subsidios.

Finalmente, estimó que la actora se limitó a plantear una serie de percepciones, consideraciones o hipótesis de carácter subjetivo, sin detenerse a formular adecuadamente el concepto de violación, lo cual imposibilita debatir la acusación de ilegalidad en el marco de la pretensión de nulidad.

4. Conflicto de competencia

En auto del 18 de junio de 2018 (fls. 33 – 36, c. ppl.), el despacho de la sustanciadora declaró la falta de competencia para conocer del proceso, y propuso el correspondiente conflicto negativo de competencia, con el fin de que fuera decidido por el presidente del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 110 de la Ley 1437 de 2011.

En providencia del 17 de enero de 2019 (fls. 41 – 48, c. ppl.), el presidente del Consejo de Estado decidió el conflicto negativo de competencia presentado entre las Secciones Primera y Tercera, concluyendo que el asunto era competencia de esta última, dado que la disposición demandada era de contenido contractual -prevé las fuentes de financiación de un contrato estatal en la modalidad de APP-.

5. La medida cautelar

En la misma demanda, y en escrito separado, la actora solicitó la suspensión provisional del artículo demandado (fls. 2 – 6, c. de medidas cautelares) -se aclara

que este documento aparte, en realidad, reproduce en su integridad la demanda-

A través del auto del 26 de enero de 2017 (fl. 11, c. de medidas cautelares), el despacho de la magistrada ponente dio traslado a la parte demandada, por el término de 5 días, para que se pronunciara frente a la solicitud de suspensión provisional. El DNP se opuso a la medida cautelar por intermedio de escrito radicado el 17 de abril de 2017 (fls. 13 – 14, c. de medidas cautelares).

Esta Corporación negó la medida cautelar mediante auto del 9 de abril de 2019 (fls. 18 – 22, c. de medidas cautelares), en consideración a que la parte actora no cumplió con la carga argumentativa y probatoria requerida para decretar la suspensión provisional.

6. Trámite de la sentencia anticipada

El despacho de la ponente profirió el auto del 19 de julio de 2022 (índice 41 del SAMAI), por medio del cual: (i) se prescindió de la audiencia inicial establecida en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de dictar sentencia anticipada. Lo expuesto, en consideración a que se encontraron configuradas las causales establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 182A⁴ del C.P.A.C.A.,

⁴ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. [Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021]. Se podrá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial: a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho; b) Cuando no haya que practicar pruebas; c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles. // El juez o magistrado ponente, mediante auto, se

esto es, que la controversia gira en torno a un asunto de puro derecho y que las partes no aportaron ni solicitaron ningún medio probatorio.

(ii) Se fijó el litigio en los siguientes términos: “[...] corresponde a esta Corporación determinar si la Nación -DNP desconoció el artículo 368 de la Constitución y el régimen jurídico de los subsidios, al expedir el parágrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015. Lo anterior, en consideración a que la norma demandada establece que, en los contratos de APP para proyectos de agua potable y saneamiento básico, los recursos de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos -para cubrir las necesidades de subsidios de usuarios de los estratos 1, 2 y 3- constituyen desembolsos de recursos públicos”.

El 28 de julio de 2022, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado interpuso el recurso de reposición en contra de la anterior decisión (índice 46 del

SAMAI), por considerar que se había omitido correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto, en los términos de los artículos 181 y 182A del C.P.A.C.A.⁵.

En el término de fijación en lista del mencionado recurso, el Departamento Nacional de Planeación descorrió traslado del mismo (índice 49 del SAMAI), coadyuvando la petición del Ministerio Público. En proveído del 8 de agosto de 2022 (índice 52 del SAMAI), se confirmó el auto que prescindió de la audiencia inicial.

En decisión del 30 de agosto de 2022 (índice 61 del SAMAI), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, por el término común de diez (10) días, para alegar de conclusión y emitir concepto de fondo, respectivamente. Dicho término transcurrió entre el 7 y el 20 de septiembre de 2022 (índice 67 del SAMAI).

El 19 de septiembre de 2022, el DNP presentó sus alegaciones finales (índice 65 del SAMAI), en las que reiteró los argumentos de la contestación. Sumado a ello,

pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia. // Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito [...].

⁵ En el recurso, el agente del Ministerio Público señaló: “Atendiendo las precisiones normativas efectuadas mediante el presente escrito, el Ministerio Público en uso de sus funciones legales y constitucionales, solicita ante el Despacho REPONER el auto del 19 de julio del 2022, mediante el cual se resolvió prescindir de la audiencia inicial establecida en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de dictar sentencia anticipada en el sub lite, dada la configuración de las causales establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 182A del C.P.A.C.A., previa fijación del litigio y agotada la etapa de alegatos de conclusión y en consecuencia se disponga correr el traslado a las partes y al Ministerio Público al tenor de las disposiciones legales señaladas”.

precisó que debían diferenciarse las fuentes de financiación de los proyectos de APP, que están a cargo del inversionista privado, de aquellas formas que se emplearán para remunerar dicha inversión. La parte actora, por su parte, guardó silencio (índice 67 del SAMAI). El 22 de septiembre siguiente, el Ministerio Público rindió su concepto, el cual fue extemporáneo (índice 66 del SAMAI)⁶.

II. CONSIDERACIONES:

1. Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer de la demanda interpuesta en contra del parágrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, dado que se trata de un acto administrativo de carácter general, que el Gobierno Nacional expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Por tal motivo, de conformidad con el numeral 1 del

artículo 237 de la Constitución, y los artículos 137 y 149 del C.P.A.C.A., corresponde al Consejo de Estado conocer, en única instancia, de las demandas de nulidad que se presenten en contra de tales normas.

2. Régimen procesal aplicable

Al *sub júdice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -13 de abril de 2016-, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *-incluyendo las modificaciones de la Ley 2080 de 2021, normativa que, salvo por las prescripciones que modificaron las competencias de los juzgados, de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, entró a regir el 26 de enero de 2021⁷-* y el Código General

⁶ En todo caso, el Ministerio Público argumentó: (i) el juicio de nulidad que se le debe realizar a un acto administrativo general no solo se limita a una confrontación con el marco legal, pues deben valorarse, además, las bases constitucionales que fundamentan todo el sistema jurídico; (ii) los servicios públicos, en el marco del Estado Social de Derecho, pretenden garantizar los derechos y garantías de todos los ciudadanos; (iii) el principio de legalidad no puede entenderse como una mera correspondencia con las formas legales, sino que debe nutrirse de los principios y valores constitucionales y convencionales; (iv) la norma en cuestión, esto es, el artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015 diferencia la retribución de la inversión del contratista privado que deberá realizarse a través de explotación económica, de aquella que se realizará con desembolso de recursos públicos; (v) cuando la retribución del inversionista es a través de la tarifa, y en esta se incluyen los subsidios, estos pueden considerarse como desembolso de recursos públicos; (vi) los recursos de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos son públicos, y (vii) la ley prevé la posibilidad de que, con los subsidios, se financien los proyectos de inversión. Con base en lo anterior, concluyó que los cargos de la demandante no estaban llamados a prosperar, por lo que debían denegarse las pretensiones.

⁷ *“Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y*

del Proceso, en los aspectos no contemplados en el primero (artículo 306 de la Ley 1437)⁸.

3. Cuestión preliminar: los subsidios en el régimen de los servicios públicos domiciliarios

Con el fin de ilustrar de mejor manera el tema que es objeto de debate, la Sala estima pertinente abordar, desde un punto de vista preliminar, la noción de los subsidios en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, lo cual facilitará adentrarse al estudio de los cargos de la demanda.

En la búsqueda de disminuir las brechas de acceso a los servicios públicos domiciliarios, se dispuso que los usuarios de mayores ingresos contribuirían a subsidiar la tarifa de aquellos con escasos recursos. Lo anterior, en cumplimiento de los principios de solidaridad y de redistribución de la riqueza, establecidos en los

artículos 367 y 368 superiores. Los principios en mención se reflejan en la tarifa de los usuarios, bien sea aportando la correspondiente contribución o beneficiándose de los subsidios.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha manifestado:

Específicamente, en lo que hace a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 367 de la Constitución delegó en el legislador la facultad de establecer competencias, responsabilidades, cobertura, calidad y financiamiento de estos servicios. Al igual que la determinación de los criterios y factores que habrían de tenerse en cuenta para fijar las correspondientes tarifas. En desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la ley 142 de 1994.

En esta ley, el legislador, haciendo uso de la atribución constitucional a que se ha hecho referencia, estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios, y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia.

El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que puede otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (artículo 99 de la ley 142 de 1994).

tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley [...].

⁸ “Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que están obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobrecosto en el servicio es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1994, lo denomina “factor”, la ley 143 de 1994 “contribución”, y la ley 223 de 1995 “sobretasa o contribución especial”⁹.

Los precitados mecanismos fueron abordados por el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, el cual señala (i) las personas que pueden ser beneficiarias de los subsidios, esto es, los usuarios de los estratos 1, 2 y 3; (ii) las personas obligadas a pagar las contribuciones, es decir, los usuarios de estratos 5 y 6, y los de los sectores industrial y comercial, y (iii) la forma en que la Nación y las entidades territoriales administran los recursos para otorgar los subsidios ¹⁰. En concreto, aquella normativa establece:

Artículo 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS. *Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar*

subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley.

89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits, por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital,

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998, M.P.: Jorge Arango Mejía.

¹⁰ El numeral 14.29 del artículo 14 de la Ley 142 define a los subsidios como la "Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe".

municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo. [...]

89.6. Los recursos que aquí se asignan a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" son públicos. Por lo tanto, quienes hagan los recaudos estarán sujetos a las normas sobre declaración y sanciones que se aplican a los retenedores en el Decreto 624 de 1989 y en las normas concordantes o que lo sustituyan; pero deberán hacer devoluciones en el momento en que el usuario les demuestre que tiene derecho a ellas. La obligación de los retenedores que hagan el cobro del factor o factores se extinguirá y cobrará en la forma prevista para las obligaciones que regulan las normas aludidas, en lo que sean compatibles con esta ley y con la naturaleza de los cobros respectivos; y las moras se sancionarán como las moras de quienes están sujetos a las obligaciones que regulan tales normas. [...]

89.8. [Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000] En el evento de que los 'Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos' no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional. [...].

Ahora bien, los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, según el Decreto 1077 de 2015, constituyen cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, distritos y departamentos, a través de las cuales se contabilizan los recursos destinados a otorgar los subsidios a los servicios públicos domiciliarios.

Los fondos son cuentas sin personería jurídica, dotados de una contabilidad separada e independiente, de modo que no pueden hacer unidad de caja con los demás recursos del ente territorial. En todo caso, estos dineros implican gasto público social, por lo que, siguiendo los artículos 365 y 366 constitucionales, tienen prelación sobre cualquier otra erogación en la conformación de los respectivos presupuestos.

Sobre las transferencias de recursos a estos fondos, se tiene que existen dos escenarios, dependiendo de la fuente de financiación de los subsidios: (i) Las transferencias efectivas de dinero de las entidades prestadoras de servicios públicos a los FSRI, por concepto de “*aportes solidarios*” (contribuciones), solo ocurrirán cuando se presenten superávits, después de aplicar internamente los recursos necesarios para otorgar los subsidios. Es decir, que el operador deberá transferir los recursos al fondo cuando, una vez repartidos los subsidios entre sus usuarios, el monto de las contribuciones deje un saldo a favor, o cuando, a pesar de la recolección del aporte, no deban entregarse subsidios, porque no existen usuarios subsidiables.

(ii) Las transferencias de dinero de las entidades territoriales a los FSRI por concepto de subsidios, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los mismos, en un plazo de treinta días, contados desde la fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio.

De esta forma, la transferencia de recursos a los fondos solo se presentará cuando la diferencia entre los aportes solidarios y los subsidios efectivamente repartidos arroje un superávit¹¹.

4. Cargos de nulidad en contra del párrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015

La actora consideró que la disposición demandada debe declararse nula, porque: (i) los subsidios no pueden ser destinados para financiar proyectos de ningún orden, pues constituyen instrumentos que buscan ayudar a las personas menos favorecidas para que puedan solventar sus necesidades básicas; (ii) los subsidios cruzados, al ser mecanismos de equidad social, no entran al presupuesto, por lo que no pueden considerarse como parte de este; (iii) se ha vuelto imposible presentar, a consideración del Estado, asociaciones público privadas para la construcción de infraestructura que permita proveer a los ciudadanos de agua potable y de saneamiento básico, y (iv) se ha generado un importante efecto sobre la salud pública, dado que no es posible realizar inversiones urgentes en agua potable y saneamiento básico, lo cual causa muertes, especialmente, en niños.

¹¹ En relación con lo explicado en este título, revisar: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 68 del 7 de febrero de 2022.

De igual modo, invocó como disposiciones violadas los artículos 13 -inciso tercero¹²-y 368 de la Constitución Política¹³, y el literal a) del artículo 11 de la Ley 1176 de 2007¹⁴.

En este punto, es necesario recordar que, conforme al numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, en las demandas que pretendan la nulidad de un acto administrativo, es fundamental indicar las normas violadas y explicar el concepto de la violación. Este requisito resulta razonable, por cuanto el juez contencioso administrativo no realiza un control general de legalidad, sino que su competencia se limita a los hechos y omisiones alegados o a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de su violación. Sobre este requisito, la Corte Constitucional ha precisado:

Reitera la Corte, que si la administración debe realizar sus actividades con el propósito de satisfacer en forma inmediata y oportuna los intereses públicos o sociales, ajustada a los principios de legalidad y buena fe, dentro de los límites de su competencia, observando los criterios de igualdad, moralidad, publicidad, imparcialidad, eficiencia (sic) eficacia, economía y celeridad, y sujeta a un régimen de responsabilidad, la consecuencia necesaria es que sus actos gozan de la presunción de legalidad y son oponibles y de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios.

La naturaleza y características propias del acto administrativo, que se han puesto de presente anteriormente, justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que cuando se impugna un acto administrativo deban citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. En efecto:

Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que

produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de

¹² *“Artículo 13. [...] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

¹³ *“Artículo 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.*

¹⁴ *“Artículo 11. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DE LA PARTICIPACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO EN LOS DISTRITOS Y MUNICIPIOS. Los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los distritos y municipios, se destinarán a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades: a) Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente [...]”.*

los actos administrativos, mas aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

Podría agregarse, que con el establecimiento de dichos requisitos el legislador desarrolló el deber previsto en el art. 95-7 de la Constitución para que quienes demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contribuyan al buen funcionamiento de la administración de justicia¹⁵.

Por otro lado, la Sección Segunda de esta Corporación ha dicho:

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en toda demanda el actor deberá indicar las normas violadas y explicar el contenido de la violación, pues le corresponde a la parte actora la carga (sic) desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 de 1999, al estudiar la constitucionalidad de la referida norma, al indicar que es ilógico que el juez administrativo busque de oficio las posibles causas de nulidad de los actos administrativos y que la imposición al demandante de la referida obligación “contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación”.

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia del 7 de noviembre de 1995 manifestó que la indicación de los hechos, omisiones, las normas violadas y el concepto de la violación que fundamentan la solicitud de nulidad, tiene su razón de ser en que en el “proceso contencioso administrativo se realiza un control de legalidad limitado a lo solicitado por la parte actora, limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo

de la violación”¹⁶.

De esta manera, es claro que una de las cargas procesales del actor consiste en invocar una respectiva causal de nulidad, al tiempo que debe plantear argumentos serios, suficientes y pertinentes orientados a demostrarla.

Ahora bien, es diferente que la demanda carezca de cualquier fundamento de derecho, a que estos no tengan la virtualidad de eliminar el manto de legalidad del acto reprochado. El primer defecto invocado, debe ser percibido en la etapa de

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 18 de septiembre de 2014, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Rad.: 11001-03-25-000-2009-00077-00 (1091-09).

admisión de la demanda, con el fin de que el demandante tenga la posibilidad de subsanar el yerro; el segundo, por su parte, se estudiará en el fondo de la controversia, teniendo como resultado la denegatoria de las pretensiones. Frente a este tema, esta Corporación aseveró:

En ese sentido, la exposición de las normas vulneradas y el concepto de violación en la demanda tiene una doble connotación, por cuanto «primero, dota de aptitud formal a la demanda teniendo en cuenta que constituye un presupuesto procesal que debe ser analizado en la etapa inicial para la correspondiente admisión; y segundo, permite materializar el debido proceso, toda vez que asegura el derecho de defensa de la parte pasiva de la litis, lo que finalmente limita el estudio de fondo que se realizará en la sentencia». [...]

La imposibilidad para el juez de examinar de modo general todo el ordenamiento jurídico para decidir sobre la legalidad del acto administrativo justifica la exigencia del requisito procesal que se impone a quien demanda. Ahora, su cumplimiento no exige que se den razones de gran técnica o erudición; empero, «sí se requiere que cumpla con la carga procesal de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita comprender en qué consiste la acusación que formula y cuáles son los argumentos que le sirven de fundamento a los cargos en contra de la norma que demanda».

Debe precisarse que su exigencia no debe ser un obstáculo para acceder a la administración de justicia y, en la medida de lo posible, debe garantizarse la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma de interpretarse la demanda de modo que se pueda decidir de fondo. En tal sentido, se entiende cumplido cuando en la demanda se exponen las normas violadas y el concepto de violación, pero la valoración de que sea suficiente y adecuada para decidir de fondo el asunto la debe hacer el juez en la sentencia¹⁷.

En este caso, la actora presentó una serie de razonamientos destinados a demostrar la ilegalidad del párrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, y enunció las disposiciones que, en su criterio, estaban siendo transgredidas. Por lo tanto, se concluye que la demanda sí cumplió con este requisito. No obstante, los cargos formulados, como pasará a explicarse, no gozan de la pertinencia suficiente para salir avante con las pretensiones.

4.1 Los primeros dos cargos de nulidad: (i) los subsidios no pueden ser destinados para financiar proyectos de ningún orden y (ii) los subsidios cruzados no entran al presupuesto, por lo que no pueden considerarse como parte de este

-La señora María Lucrecia Ospina Montoya señaló que el párrafo demandado desconocía el artículo 368 de la Constitución, porque permitía que se emplearan los

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de noviembre de 2020, C.P.:Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-41-000-2012-00680-01 (3562-15).

subsidios para financiar proyectos de inversión, pese a que estos solo tienen por finalidad que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, cubriendo -con ello- sus necesidades básicas.

A pesar de lo anterior, los razonamientos de la parte actora incurren en varias falencias: en primer lugar, no se indicó -a partir de este planteamiento- cuál norma de carácter legal estaba siendo desconocida, es decir, no se enunció cuáles disposiciones legales -como aquellas que regulan la noción, la fuente y la destinación de los subsidios- se estaban transgrediendo, ni los motivos de esta situación. No puede olvidarse que este es un juicio de nulidad, por lo que no basta con referir diferentes normas de rango constitucional para desvirtuar la legalidad de un acto administrativo, ya que se requiere de la confrontación directa con una ley, más allá de que el marco constitucional pueda resultar comprometido por cuenta de la transgresión del decreto frente a la ley.

La competencia del juez administrativo se limita a los cargos de nulidad, lo cual impide, como se ha dicho, que se realicen juicios generales de legalidad, en los que se compara una determinada disposición con todo el conglomerado de normas del ordenamiento jurídico, o con todas aquellas que regulan una materia en especial -como los servicios públicos domiciliarios-.

Si bien en los fundamentos de la demanda se estimó como violentado el literal a) del artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, esta ley solo dispone que los recursos del Sistema General de Participaciones¹⁸ para agua potable y saneamiento básico, que sean asignados a los distritos y municipios, deberán destinarse a la financiación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, lo cual podrá abarcar, entre otras actividades, el otorgamiento de subsidios.

En otras palabras, la ley que se invoca como transgredida solo prevé una de las maneras en que se podrán financiar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, lo cual no excluye otro tipo de actividades. Inclusive, este mismo artículo 11 permite que, con los recursos del SGP, se pague el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley (literal b) del artículo 11), y que se

¹⁸ Los dineros del SGP son aquellos recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia es asignada por la ley.

construyan, amplíen, optimicen y mejoren los sistemas de acueducto y alcantarillado (literal e) del artículo 11).

Así, al tiempo que esta ley permite que los dineros del Sistema General de Participaciones, además de financiar subsidios, financien proyectos y obras de infraestructura del sector de agua potable y saneamiento básico, no guarda una relación evidente con el párrafo demandado, ni con la fundamentación del cargo de nulidad, por lo que no es posible realizar un juicio de legalidad que culmine con la declaratoria de nulidad del acto impugnado.

Según el párrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, “[...] *los recursos asignados a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos para cubrir las necesidades de subsidios de usuarios de los estratos 1, 2 y 3, de acuerdo con la Ley 1508 de 2012, constituyen desembolsos de recursos públicos*”. La totalidad de este artículo regula la retribución de la inversión privada en los proyectos de agua potable y saneamiento básico bajo el esquema de APP, precisando que dicha retribución podrá realizarse mediante la explotación económica del bien o servicio o mediante el desembolso de recursos públicos. El párrafo 1 aclara que, para estos efectos, los recursos de los FSRI serán considerados como desembolsos de recursos públicos. En otros términos, solo se le otorga una denominación a este tipo de recursos en el marco de un proyecto de APP, sin que los cargos de nulidad ni las normas invocadas hasta el momento permitan justificar por qué tal denominación es contraria al ordenamiento superior.

En este punto, habría que precisar lo siguiente: la parte actora pareciera entender que los subsidios son entregados directamente a los usuarios, por lo que emplearlos como retribución económica de un proyecto de APP implicaría desviarlos de su destinación específica. Tal interpretación es errada, pues el reparto de los subsidios,

según el numeral 99.3 del artículo 99 de la Ley 142, se hace mediante un descuento en la factura del servicio, es decir, que el operador cubre directamente esta deducción con los recursos asignados para solventar los subsidios.

Sumado a ello, los subsidios buscan cubrir la diferencia entre el valor del servicio público prestado y lo que efectivamente paga el usuario de estratos 1, 2 o 3, por lo que su finalidad es retribuirle a la empresa prestadora los gastos en que incurrió para prestar el servicio, lo cual incluye las inversiones que se realizan en el marco de un proyecto de APP.

La tarifa de los servicios públicos domiciliarios abarca varios conceptos, entre ellos, las inversiones hechas para prestar el servicio, las cuales, por mandato del numeral 99.6 del artículo 99 de la Ley 142¹⁹, pueden ser cubiertas por los subsidios.

Aunque es verdad que, en principio, la inversión no es realizada por el Estado, ya que el inversionista privado es quien debe financiar el proyecto, condicionando los pagos con recursos públicos a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y a estándares de calidad, eventualmente deberá iniciarse con la retribución de tal inversión, que es, en últimas, el precio o la compensación que pagará la entidad pública por la ejecución del contrato de concesión bajo la modalidad de APP.

Teniendo de presente esta situación, no resultaría ilegal que en los contratos de APP los dineros de los subsidios asignados a los FSRI sean considerados como recursos públicos, para efectos de fijar la retribución económica de la inversión del contratista privado, en tanto estos seguirían cumpliendo su finalidad constitucional, que es garantizar el acceso de todas las personas a los servicios públicos domiciliarios -con estos proyectos se moderniza y optimiza la prestación del servicio-.

-En relación con el segundo cargo, la Sala no puede surtir un adecuado juicio de legalidad, puesto que no se justificó correctamente, y a partir de una norma legal, por qué los denominados subsidios cruzados -aquellos pagados por los estratos 5 y 6 y por el sector industrial y comercial- no pueden considerarse como recursos públicos o por qué estos no pueden ingresar al presupuesto de la respectiva entidad. La actora solo presentó este razonamiento de manera general, sin enunciar las disposiciones o la jurisprudencia que se han desarrollado alrededor de estos subsidios, lo cual impide desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

¹⁹ “99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran [...]”.

4.2 Los dos últimos cargos de nulidad: (iii) es imposible presentar, a consideración del Estado, APP para la construcción de infraestructura que permita proveer a los ciudadanos de agua potable y saneamiento básico y (iv) se ha generado un importante efecto sobre la salud pública

Según la accionante, la norma demandada resulta impertinente para el desarrollo de los proyectos de APP en el sector de agua potable y saneamiento básico, por cuanto aquella ha imposibilitado que se presenten proyectos de esta naturaleza, generando una afectación en la salud pública de las personas, especialmente, de los niños.

La Sala deberá descartar de plano estos razonamientos de la demanda, en tanto los mismos no reprochan la legalidad de la norma, con base en una disposición de rango legal, sino que simplemente cuestionan su pertinencia, con base en suposiciones o hipótesis que escapan a los juicios que puede realizar el juez contencioso administrativo.

Esta Subsección no es el órgano competente para definir la impertinencia o ineficacia de una disposición jurídica, sin que estas situaciones constituyan -por sí mismas- un vicio de ilegalidad. Por ello, y dado que la demandante no soporta estos cargos en ninguna disposición jurídica, ni explica por qué el párrafo demandado es ilegal, se deberán denegar las pretensiones de la demanda.

5. Conclusión

Si bien la accionante formuló una serie de reproches al párrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015, los cuales sustentó en la aparente contradicción con la Constitución, los mismos no tuvieron la precisión o consistencia suficiente para desvirtuar la legalidad del acto. Adicionalmente, los razonamientos de la demanda no se enlazan de manera adecuada con una norma de rango legal -

que es la que delimita la competencia del juez de la nulidad-, al tiempo que las disposiciones invocadas no conservaban relación evidente -y si la había, no se explicó adecuadamente- con la norma demandada.

6. Costas

Dado que en este asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad del acto administrativo debatido, no procede la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la nulidad del parágrafo 1 del artículo 2.2.2.1.9.4. del Decreto 1082 de 2015.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **ARCHIVAR** el proceso de la referencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

