

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., Diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2015 00129 00**

Actor: **MARIO ALEJANDRO VALENCIA BARRERA Y OTRO**

Demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía

El Despacho decide sobre la solicitud de suspensión provisional formulada por los actores contra el párrafo del artículo 1º de la Resolución 18-1602 del 30 de septiembre de 2011 expedida por el Gobierno Nacional – Ministerio de Minas y Energía, por la cual se establece el procedimiento para el cálculo del Ingreso al Productor de la gasolina motor corriente.

1. La solicitud de suspensión provisional

En la demanda se solicita la suspensión provisional del acto acusado cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

“Artículo 1º. A partir del 1º de octubre del año en curso, en la metodología para el cálculo del Ingreso al Productor de la Gasolina Motor Corriente, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones y fórmulas:

(...)

Parágrafo: Para efectos del cálculo del ingreso al productor para un determinado mes, la siguiente tabla señala los escenarios aplicables, según el valor del diferencial de compensación o participación en la fecha del cálculo, según corresponda, y de la tendencia mensualizada m , calculados de acuerdo con las definiciones contenidas en la presente Resolución:

	<i>Diferencial positivo en la fecha de cálculo</i>	<i>Diferencial negativo en la fecha de cálculo</i>
<i>Tendencia creciente (m ≥ 0)</i>	$C = \min [m, 3]$	$C = 0$
<i>Tendencia decreciente (m < 0)</i>	$C = 0$	$C = \max [m, -3]$

”

A juicio del demandante, el referido acto administrativo viola los artículos 29 y 333 de la Constitución Política, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, los artículo 2 y 51 del Decreto 2153 de 1992 y el Decreto 1302 de 1964, por los siguientes motivos:

1.1. Que vulnera el artículo 29 de la Constitución por desconocimiento del debido proceso y los principios de publicidad y motivación de los actos administrativos, pues fija de manera arbitraria un tope máximo de 3% de variación mensual en el precio de la gasolina, ignorando lo desarrollado en el resto del artículo.

1.2. Que el tope fijado es anticompetitivo y establece una restricción a la libertad económica, lo cual viola el artículo 333 de la Constitución Política en el cual se consagra el derecho a la libre competencia.

1.3. Que transgrede el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 que prohíbe realizar acuerdos o actos anticompetitivos e incurrir en prácticas tendientes a limitar la libre competencia y mantener o determinar precios inequitativos.

1.4. Que el acto acusado limita arbitrariamente la reducción del precio de la gasolina a una proporción muy inferior a la que debiera ajustarse

con base en la fórmula allí prevista, lo cual afecta la eficiencia y va en contravía del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 que consagra como función de la Superintendencia de Industria y Comercio la de mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional.

1.5. Que vulnera además el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 que establece la eficiencia como criterio primario, pues está probado que el tope del 3% en el actual momento en que el precio de la gasolina ha caído en más del 50% destruye los ahorros de los consumidores y genera costos que merman la competitividad.

2. Traslado de la solicitud al demandado

Mediante autos ambos del 11 de junio de 2015, se admitió la demanda de la referencia y se ordenó correr traslado a la demandada de la solicitud de suspensión provisional.

2.2. El Ministerio de Minas y Energía se opuso a la adopción de la medida cautelar con base en los siguientes argumentos¹:

- Que los demandantes no aportaron los medios probatorios que permitan constatar la veracidad de sus argumentos.
- Que la fórmula de precios de combustibles beneficia directamente a los consumidores y permite un manejo adecuado de las finanzas públicas.

¹ Folios 50 a 53.

- Que los demandantes incurrieron en un error de interpretación de la norma controvertida.
- Que las leyes 1151 de 2007, 1450 de 2011, 1607 de 2012 y 1738 de 2014 indican expresamente que el ejecutivo deberá atenuar la volatilidad de los precios internacionales en el mercado interno de los combustibles, motivo por el cual los destinatarios de la fórmula son los agentes de la cadena de distribución de combustibles.
- Que la Resolución demandada no crea ni modifica las fórmulas de los precios sino que precisa la metodología que debe seguir la autoridad competente para determinar el costo de los combustibles líquidos.
- Que el precio determinado en el acto controvertido no es la remuneración al importador ni al refinador sino al consumidor final, en virtud de lo cual no es cierto que imponga barreras competitivas en el mercado.

3. Para resolver se considera:

3.1. Consideraciones de las medidas cautelares en el CPACA.

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto

del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”

“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

De la anterior definición se puede concluir que:

- **El Juez** puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no solamente en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede **decretar de oficio** las medidas cautelares.
- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.

- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento**.- En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. Lo que se busca, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces “la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite”². Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido por la Ley 1437 de 2011. La jurisprudencia ya ha señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “*prejuzgamiento*” de la causa³. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien

² GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

solicita la medida cautelar garantiza que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

3.2. Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

3.2.1.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

3.2.2.- El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

3.2.3.- Ahora bien, el nuevo Código ha establecido que la medida de **suspensión** de actuaciones administrativas solo deberá decretarse cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3.2.4.- El CPACA⁴ define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en medios de control de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de *“una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que*

⁴ Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

*incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto*⁵. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “*manifiesta infracción*” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “*la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud*”⁶.

En este sentido, para decretar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Lógicamente esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios promovidos en ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulta procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código⁷ respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión provisional de un acto

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁷ Artículo 229 del CPACA.

administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas: sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita, y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

4.- Caso concreto

4.1. El acto administrativo cuya suspensión se pretende es el párrafo del artículo 1º de la Resolución 18-1602 del 30 de septiembre de 2011 expedida por el Gobierno Nacional – Ministerio de Minas y Energía, por la cual se establece el procedimiento para el cálculo del Ingreso al Productor de la gasolina motor corriente.

4.2. Las normas que se consideran infringidas son los artículos 29 y 333 de la Constitución Política, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, los artículos 2 y 51 del Decreto 2153 de 1992 y el Decreto 1302 de 1964, los cuales son del siguiente tenor:

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA

ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

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

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

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

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

LEY 155 DE 1959

ARTICULO 1º. *(Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963.) Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

PARÁGRAFO. *El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.*

DECRETO 2153 DE 1992

ARTICULO 2o. FUNCIONES. *La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

1. *(Modificado por el art. 3, Ley 1340 de 2009.) Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

PARÁGRAFO. *La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.*

ARTICULO 51. INTEGRACION DE EMPRESAS. *(Modificado por el art. 12, Ley 1340 de 2009.) La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.*

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

PARÁGRAFO 1o. *Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.*

PARÁGRAFO 2o. *En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.”*

4.3. En primer lugar es pertinente aclarar que como quiera que el demandante no especificó cuáles son los artículos del Decreto 1302 de 1964 que considera transgredidos, el Despacho no podrá efectuar la confrontación prevista en el artículo 231 del CPACA respecto de esas normas.

En relación con el Decreto 2153 de 1992, no se advierte su vulneración en esta etapa procesal pues se trata de una norma por la cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Los artículos 2 y 51 se refieren específicamente a las funciones y facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio, las cuales en principio no tendrían porque verse vulneradas con la expedición de un acto administrativo del Ministerio de Minas y Energía que no hace referencia a ese organismo de inspección y vigilancia.

Sobre la transgresión del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 el Despacho observa que de la lectura del acto acusado no se advierte la configuración de ninguna de las conductas que allí se prohíben, sino la definición de la metodología para el cálculo del Ingreso al Productor de la gasolina motor corriente. Adicionalmente, los actores fundamentan su cargo en el argumento de que el tope del 3% destruye los ahorros de los consumidores y genera costos que merman la competitividad, lo cual no se encuentra acreditado en forma alguna para los efectos de esta providencia y en esa medida se descarta también la posible vulneración del artículo 333 de la Constitución Política, sin perjuicio de

las consideraciones que deban efectuarse en la sentencia que ponga fin al proceso.

Finalmente y en relación con el artículo 29 de la Constitución Política, en este momento procesal no se advierte su vulneración pues dentro de los fundamentos del acto acusado se encuentra el artículo 5 numeral 19 del Decreto 70 de 2001, que confiere al Ministro de Minas y Energía la función de fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del Gas Licuado del Petróleo. En esa medida, no se advierte en principio que la demandada haya incurrido en una arbitrariedad al establecer el tope de variación del precio de la gasolina, pues dicha actuación encuentra sustento en la norma anteriormente referida.

4.4. Visto el contenido de la solicitud de suspensión provisional, su contestación, y una vez confrontada la disposición demandada con las normas que se invocan como fundamento de dicha petición, se llega a la conclusión de que no hay razón que amerite suspender de forma provisional los efectos de la norma demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional solicitada por los motivos expuestos.



Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado