

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)



REF: Expediente nro. 11001-03-24-000-2016-00498-00

Medio de control: Nulidad

Actor: PEDRO ALEJANDRO CARRANZA CEPEDA

El Despacho decide la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 14 del Decreto 4299 de 25 de noviembre de 2005 ***"Por el cual se reglamenta el artículo 61 de la Ley 812 de 2003¹ y se establecen otras disposiciones"***; de los artículos 10°, 11, 12 y 13 del Decreto 1333 de 19 de abril de 2007 ***"Por el cual se modifica el Decreto 4299 de 2005 y se establecen otras disposiciones"***; de los artículos 10° y 11 del Decreto 1717 de 21 de mayo de 2008, ***"Por el cual se modifica el Decreto 4299 de 2005 y se establecen otras disposiciones"***, y del artículo 2.2.1.1.2.2.3.83 del Decreto 1073 de 2015 ***"Por medio del cual***

¹ Ley 812 de 26 de junio de 2003, "Plan Nacional de Desarrollo".

se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”, expedidos por el Gobierno Nacional.

I-. ANTECEDENTES

La demanda

El señor **Pedro Alejandro Carranza Cepeda**, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presenta demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de los efectos de las normas indicadas anteriormente.

II-. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte actora solicita la suspensión provisional de los efectos de algunos artículos de los decretos acusados, bajo los siguientes argumentos:

1. Con la expedición de las normas demandadas se viola en forma directa el artículo 333 de la Constitución Política, en el entendido de que la reglamentación contenida en estas decisiones desincentiva el desarrollo empresarial por el hecho de exigir como requisito la distribución mensual de 2.600.000 galones de combustible, sin tener en cuenta que este volumen solo puede ser cubierto por grandes mayoristas que ya están establecidas en el mercado.

El artículo 26 del Decreto 4299 de 2015 y el artículo 2.2.1.1.2.2.3.95 del Decreto 1073 de 2015, prevén que el empresario tiene la obligación de mantener el 30% del volumen de ventas en reserva efectiva, es decir, que ese porcentaje de combustible no se puede vender, lo que se traduce en que no puedan ingresar nuevos actores en el mercado, pues, en realidad lo que se persigue es mantener los monopolios existentes.

Por lo tanto, la norma es materialmente imposible de cumplir, en tanto exige un alto volumen de venta combustible, para lo cual se requiere que la planta esté en funcionamiento y tenga una distribución mayorista, requisito este que no puede acreditar ningún nuevo empresario.

2. Existe una clara transgresión del derecho a la igualdad de todos los distribuidores mayoristas del país, en consideración a que el parágrafo primero del artículo 14 del Decreto 4299 de 2005, establece que los municipios de San Andrés (Archipiélago de San Andrés), Florencia (Caquetá), San José del Guaviare (Guaviare), Buenaventura (Valle del Cauca) y Turbo (Antioquia), al igual que las plantas que se construyan en departamentos fronterizos, por su condición geográfica y/o limitada demanda de combustibles, están exentos de manejar el volumen de 2.600.000 galones al mes.

La exención, además de constituir una medida anti técnica, impone una carga injustificada al resto de plantas que operan en los demás municipios del país.

3. La capacidad reglamentaria del Presidente de la República fue ampliamente desbordada con la expedición de los decretos acusados, en la medida en que en estos se introdujo un régimen sancionatorio, con lo que se desconoce que ya existe una norma

sancionatoria contenida en la Ley 26 de 1989², y que resulta más favorable a lo definido en el Decreto 1073 de 2015.

III.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, el **Ministerio de Minas y Energía** y el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** mediante escritos allegados dentro de la oportunidad legal (folios 15 a 18, 27 a 32 y 48 a 55, respectivamente, cuaderno de la medida cautelar), se opusieron al decreto de la suspensión provisional de los efectos de las normas demandadas, en síntesis, por las siguientes razones:

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Señala, en primer lugar, que los decretos demandados no fueron expedidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sino por el Gobierno Nacional – Ministerio de Minas y Energía, que tiene la responsabilidad de administrar los recursos naturales no renovables

² “Por medio de la cual se adiciona la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo”.

para asegurar su mejor y mayor utilización, al igual que la orientación en el uso y regulación de los mismos para garantizar su abastecimiento, además de velar por la protección de los recursos del medio ambiente.

Por ello, no se evidencia ninguna actuación u omisión por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que hubiere generado los perjuicios reclamados por el actor.

Ministerio de Minas y Energía

Sostuvo lo siguiente:

1. La suspensión provisional de los efectos de los actos acusados resulta improcedente e inconveniente, en razón a que no se cumplen los requisitos previstos para tal fin, en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que el actor no acreditó la violación de las normas que se estiman transgredidas.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 1° y 2° del Decreto 636 de 1974³, corresponde al Ministerio de Minas y Energía proponer y adelantar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación, distribución y producción de minerales e hidrocarburos, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimiento de normas técnicas en materia de electricidad y, en general, sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país.

Así mismo, según lo previsto en el artículo 2° del Decreto 381 de 2012⁴, el Ministerio de Minas y Energía tiene dentro de sus funciones expedir los reglamentos del sector para la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables y biocombustibles.

³ "Por el cual se revisa la organización administrativa del Ministerio de Minas y Petróleos".

⁴ "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía".

De igual forma, el artículo 1º del Decreto 1617 de 2013⁵, establece que el Ministerio de Minas y Energía tiene como función adelantar las gestiones necesarias para dar continuidad al abastecimiento de hidrocarburos y combustibles, incluyendo gas natural, combustibles derivados y biocombustibles.

En el Decreto 1056 de 1953, Código de Petróleos, se señala que el transporte y distribución de petróleo y sus derivados, constituyen un servicio público, de manera que quienes pretendan ejercer esta actividad deben someterse a la reglamentación que el Gobierno Nacional establezca para ello.

Con fundamento en la normativa citada, se expidió el Decreto 4299 de 2005, con el propósito de reglamentar el artículo 61 de la Ley 812 de 2003⁶, disposición esta que define quiénes son los agentes en la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del petróleo.

⁵ "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto [381](#) del 16 de febrero de 2012".

⁶ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

2. No se vulnera el principio a la libre competencia, si se tiene en cuenta, que la actividad de distribución de combustible no es de carácter privado y no está sometida únicamente a las fuerzas del mercado, lo que implica que existan unos límites a los derechos a la iniciativa privada y a la libre competencia.

Según lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 1997, la distribución de combustible líquido derivado del petróleo requiere de una regulación en la que se contemple un conocimiento especializado y técnico, dados los altos riesgos que lleva consigo el manejo de este tipo de combustibles.

La inconformidad planteada por el actor estriba en que se le exigen al agente distribuidor del combustible unas cifras de galones de operación mínimas requeridas. Esta exigencia se impone a aquellos agentes que se enmarquen dentro de la actividad de distribución mayorista, de modo que si no se satisface este requerimiento, es claro que no se puede entender que el comerciante esté dentro de esa clasificación.

Las cifras mínimas de abastecimiento que se requieren no impiden que puedan ingresar al mercado nuevos agentes, quienes deberán cumplir con los requisitos señalados en la norma demandada.

3. No se vulnera el derecho a la igualdad por el hecho de la exención a unos municipios de cumplir con la carga de abastecimiento en volúmenes superiores a 2.600.000 galones de combustible, por cuanto ella obedece a la ubicación geográfica que, a su vez, genera una limitada demanda de combustible en el área de influencia que atienden.

La exención se determinó con fundamento en la dinámica del mercado (oferta y demanda), razón esta que permitió concluir que sería desproporcionado exigirle a los distribuidores mayoristas ubicados en los municipios señalados en la norma, así como a los establecidos o que se creen en departamentos fronterizos, un volumen en esa cantidad, circunstancia esta que no constituye un trato discriminatorio o desigual, pues, es necesario tener en cuenta que la distribución de combustible no es igual en un territorio distante donde hay poca población.

4. Las normas acusadas no imponen requisitos de imposible cumplimiento, pues están dirigidas a los agentes que quieran ser distribuidores mayoristas, quienes deberán contar con una capacidad de operación superior para poder obtener la autorización por parte del Ministerio de Minas y Energía.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Adujo que la solicitud de medida provisional de suspensión provisional de los actos acusados deviene improcedente, pues el actor no acreditó la presunta vulneración de las disposiciones que considera quebrantadas, según lo previsto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

IV.-CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso⁷.

El Capítulo XI del Título V de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 (CPACA) presenta el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.⁸

De acuerdo con la norma, las medidas cautelares se clasifican en *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que

⁷ Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

⁸ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente nro. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁹

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción del artículo 229, el cual permite decretar todas aquellas «*que considere necesarias [...]*». No obstante, a voces del citado artículo, su decisión estará sujeta a lo «*regulado*» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un **criterio de proporcionalidad**, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*» (Resaltado fuera de texto).

⁹ Artículo 230 del CPACA.

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*« [...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**. [...]»¹⁰ (Negrillas fuera del texto).*

También la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente nro. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que

¹⁰ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad». ¹¹(Negrillas no son del texto).

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la

¹¹ Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación , en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*

b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’*

imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora y, (iii) la ponderación de intereses.

La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos

En el marco de las diversas medidas cautelares establecidas en el CPACA¹² se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su

¹² El artículo 230 del CPACA señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “*una o varias de las siguientes*” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de «evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho».¹³

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 2 de enero de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto.

Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de

¹³ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁴.

Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

« [...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el

¹⁴ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente nro. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una **manifiesta infracción**, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el **surgimiento** en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la **tutela judicial efectiva**.” (Resaltado es del texto).

*inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]» (Resaltado fuera del texto).*

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*».¹⁵

¹⁵ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente nro. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “*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 del CPACA expresamente dispone que ‘[U]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’*. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de 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’ []*. 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.

La Jurisprudencia ya ha ido 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 causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan 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”.(Negrillas fuera del texto).

Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado

A voces del artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *«cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud»*. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. 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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.» (Negrillas fuera del texto).*

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que 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 y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

El caso concreto

El actor pretende la suspensión provisional de los efectos del artículo 14 del Decreto 4299 de 25 de noviembre de 2005, "***Por el cual se reglamenta el artículo 61 de la Ley 812 de 2003¹⁶ y se establecen otras disposiciones***"; de los artículos 10º, 11, 12 y 13 del Decreto 1333 de 19 de abril de 2007, "***Por el cual se modifica el Decreto 4299 de 2005 y se establecen otras disposiciones***"; de los artículos 10 y 11 del Decreto 1717 de 21 de mayo de 2008, "***Por el cual se modifica el Decreto 4299 de 2005 y se establecen otras disposiciones***"; y del artículo 2.2.1.1.2.2.3.83 del Decreto 1073 de 2015, "***Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía***", expedidos por el Gobierno Nacional.

El texto de las normas acusadas, son del siguiente tenor:

Decreto 4229 de 2005:

¹⁶ Ley 812 de 26 de junio de 2003, "Plan Nacional de Desarrollo".

"Artículo 14. *Requisitos. Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:*

1. *Copia de los estatutos sociales y estados financieros al momento de su constitución y composición accionaria de la empresa, de ser el caso.*

2. *Certificado de existencia y representación legal ¿para personas jurídicas? o registro mercantil ¿para personas naturales?, expedido por la respectiva Cámara de Comercio con no más de tres (3) meses de antelación, en el que conste que dentro de su actividad principal se encuentra la distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.*

3. [Derogado por el art. 4, Decreto Nacional 1333 de 2007.](#) *Certificado de carencia de informes por narcotráfico expedido por la Dirección Nacional de Estupefacientes.*

4. *Certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado, sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el reglamento técnico emitido por la autoridad competente, de la planta de abastecimiento sobre la cual versa la solicitud que se tramita.*

5. *Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, en los términos establecidos en el presente decreto, en la cual debe aparecer expresamente determinada y ubicada la planta de abastecimiento sobre la cual versa la respectiva solicitud, acompañada del clausulado general con sus correspondientes anexos, así como copia del recibo de pago, en los montos establecidos.*

6. *Mostrar que tiene asegurada la fuente de suministro necesaria para el abastecimiento que proyecta realizar.*

7. [Modificado por el art. 10, Decreto Nacional 1333 de 2007, Modificado por el art. 10, Decreto Nacional 1717 de 2008.](#) **Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha celebrado contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo, con distribuidores mayoristas, distribuidores minoristas o grandes consumidores, por volúmenes superiores a dos millones seiscientos mil (2.600.000) galones al mes, de los cuales el setenta por ciento (70%) como mínimo debe corresponder a contratos suscritos con distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y fluvial y el resto a ofertas, convenios o contratos de suministro suscritos con otros agentes de la cadena de conformidad con lo previsto en el presente decreto.**

Parágrafo 1º. [Modificado por el art. 11, Decreto Nacional 1333 de 2007.](#) Dada su ubicación geográfica y/o la limitada demanda de combustibles en el área de influencia que atienden, las plantas de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo, actualmente existentes en los municipios de Leticia (Amazonas), Arauca (Arauca), San Andrés (Archipiélago de San Andrés), Florencia (Caquetá), Puerto Inírida (Guainía), Maicao (Guajira), San José del Guaviare (Guaviare), Puerto Asís (Putumayo), Buenaventura (Valle del Cauca) y Puerto Carreño (Vichada), deberán demostrar que han celebrado contratos de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo con distribuidores minoristas o grandes consumidores quedando exceptuados del cumplimiento del volumen señalado en el numeral 7 del presente artículo. En igual sentido quedan exceptuados del cumplimiento de la señalada obligación, las plantas de abastecimiento que se construyan en los municipios ubicados en los departamentos fronterizos del territorio nacional y las que se construyan para distribuir exclusivamente combustibles para quemadores industriales.

Parágrafo 2º. [Modificado por el art. 12, Decreto Nacional 1333 de 2007, Modificado por el art. 11, Decreto Nacional 1717 de 2008.](#) Para iniciar operaciones el distribuidor mayorista deberá contar como mínimo con

una planta de abastecimiento, con una capacidad de almacenamiento de por lo menos el 30% del volumen mensual señalado en el numeral 7 de este artículo.

Posteriormente, y en un término que no supere los doce (12) meses contados a partir de la entrada en operación de la planta, deberá cumplir con las obligaciones, en cuanto a contratos, referidas en el numeral 7 del presente artículo, so pena de suspensión de la autorización otorgada.

Parágrafo 3°. [Modificado por el art. 13, Decreto Nacional 1333 de 2007.](#) *En el evento que un distribuidor mayorista tenga a su cargo más de una planta de abastecimiento, deberá cumplir en cada una tanto lo señalado en el numeral 7 de este artículo como lo establecido en el artículo 26 del presente decreto.*

Parágrafo 4°. *El Ministerio de Minas y Energía revisará la anterior documentación, dentro del plazo de treinta (30) días contados desde la fecha de radicación de aquella. En caso de que dicha entidad formule observaciones, el interesado contará con un término hasta de quince (15) días para aclarar o adicionar la información.*

Presentadas las aclaraciones correspondientes por parte del interesado, el Ministerio de Minas y Energía, en un término de treinta (30) días, mediante resolución, emitirá la correspondiente autorización para operar como distribuidor mayorista.

En el evento en que no se absuelvan dentro del término establecido las observaciones formuladas, se rechazará la solicitud.

Parágrafo 5°. *Las personas que se encuentren ejerciendo la actividad de distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, deberán dar cumplimiento de manera inmediata a las obligaciones establecidas en esta norma, con excepción de lo señalado en los numerales 11 y 18 del artículo siguiente, para lo cual dispondrán de un plazo de doce (12) meses a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, así como*

para solicitar la correspondiente autorización en los términos previstos en el presente artículo.

Parágrafo 6°. En todos aquellos casos relacionados con lo señalado en el parágrafo 5° del artículo 21 del presente decreto, los distribuidores mayoristas podrán aplicar las excepciones y plazos señalados en el mismo, es decir continuar con la venta durante los plazos establecidos a los actores señalados en el respectivo parágrafo.

Parágrafo 7°. Las solicitudes que se encuentren en trámite para efectos de obtener autorización como distribuidor mayorista, deberán ajustarse a los requisitos establecidos en el presente decreto.

Decreto 1333 de 2007:

"ARTÍCULO 10. Modificar el numeral [7°](#) del Artículo 14 del Decreto 4299 de 2005, el cual quedará así:

"7. Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha celebrado contratos o acuerdos comerciales de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo en volúmenes superiores a dos millones seiscientos mil (2.600.000) galones al mes, de los cuales el setenta por ciento (70%) como mínimo debe corresponder a despachos realizados a distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial."

ARTÍCULO 11. Modificar el Parágrafo [1°](#) del Artículo 14 del Decreto 4299 de 2005, el cual quedará así:

"PARÁGRAFO 1. Dada su ubicación geográfica y/o la limitada demanda de combustibles en el área de influencia que atienden, las plantas de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo, actualmente existentes en los municipios de San Andrés (Archipiélago de San Andrés), Florencia (Caquetá), San José del Guaviare (Guaviare), Buenaventura (Valle del Cauca) y Turbo

(Antioquia), deberán demostrar que han celebrado contratos o acuerdos comerciales de suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo con distribuidores minoristas o grandes consumidores, quedando exceptuados del cumplimiento del volumen señalado en el numeral 7º del presente artículo. En igual sentido quedan exceptuados del cumplimiento de la señalada obligación, las plantas de abastecimiento actualmente existentes y las que se construyan en los municipios ubicados en los departamentos fronterizos del territorio nacional, al igual que las que se construyan para distribuir exclusivamente combustibles para quemadores industriales."

ARTÍCULO 12. *Modificar el Parágrafo 2 del Artículo 14 del Decreto 4299 de 2005, el cual quedará así:*

"PARÁGRAFO 2. Para iniciar operaciones el distribuidor mayorista deberá contar como mínimo con una planta de abastecimiento, con una capacidad de almacenamiento de por lo menos el 30% del volumen mensual señalado en el numeral 7º de este artículo.

El distribuidor mayorista dispondrá de un plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de autorización para cumplir con la obligación, en cuanto a contratos o acuerdos comerciales de suministro, referidas en el numeral 7º del presente artículo. Una vez vencido dicho plazo sin que se haya dado cumplimiento se sancionará con multa de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, y de allí en adelante cada semestre se entrará a revisar dicho cumplimiento.

En los sucesivos semestres primero, segundo, tercero, cuarto y siguientes, el distribuidor mayorista que no haya dado cumplimiento a la obligación señalada en el inciso primero de este parágrafo, deberá girar al Tesoro Nacional el valor que resulte de aplicar la siguiente ecuación, para lo cual la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía expedirá el acto administrativo correspondiente:

$$\{(1.820.000 - V_{dm}) + (780.000 - V_{oa})\} * N_o * F_m * T_s\}$$

V_{dm} = Es el volumen en galones mensual de ventas suscritos con distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial, y el cual se calcula de acuerdo con el promedio de ventas mensuales de los últimos seis meses anteriores al cálculo. En el evento que *V_{dm}* sea mayor a 1.820.000, entonces *V_{dm}* será igual a 1.820.000.

V_{oa} = Es el volumen en galones mensual de ventas suscritos con otros agentes de la cadena de distribución de combustibles, y el cual se calcula de acuerdo con el promedio de ventas mensuales de los últimos seis meses anteriores al cálculo. En el evento que *V_{oa}* sea mayor a 780.000, entonces *V_{oa}* será igual a 780.000.

N_o = Margen base del distribuidor mayorista. Para efectos de éste cálculo se tomará el valor correspondiente al margen máximo reconocido por el Ministerio de Minas y Energía a favor del distribuidor mayorista por las ventas de gasolina motor corriente. Para la determinación de este valor se tomará el promedio de los últimos seis meses anteriores al cálculo.

F_m = Factor de margen que se verá afectado. Se establecerá para el primer semestre de cálculo en 0.1, para el segundo semestre en 0.2, para el tercer semestre en 0.3, para el cuarto semestre y sucesivos en 0.4.

T_s = Los seis (6) meses correspondientes al semestre de cálculo".

ARTÍCULO 13. Modificar el Parágrafo 3 del Artículo 14 del Decreto 4299 de 2005 el cual quedará así:

"PARÁGRAFO 3. En el evento que un distribuidor mayorista tenga a su cargo más de una planta de abastecimiento, deberá cumplir lo establecido en el Artículo 26 del presente decreto".

Decreto 1717 de 2008:

"Artículo 10. Modificar el numeral 7 del artículo [14](#) del Decreto 4299 de 2005, el cual quedará así:

"7. Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha realizado despachos, mediante contratos o acuerdos comerciales, de combustibles líquidos derivados del petróleo en volúmenes superiores a dos millones seiscientos mil (2.600.000) galones al mes, de los cuales el setenta por ciento (70%) como mínimo debe corresponder a despachos realizados a distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial que cuenten con su marca".

Artículo 11. Modificar el parágrafo 2º del artículo [14](#) del Decreto 4299 de 2005, el cual quedará así:

"Parágrafo 2º. Para iniciar operaciones el distribuidor mayorista deberá contar como mínimo con una planta de abastecimiento, con una capacidad de almacenamiento de por lo menos el 30% del volumen mensual señalado en el numeral 7 de este artículo.

El distribuidor mayorista dispondrá de un plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de autorización para cumplir con la obligación de distribuir el volumen señalado en el numeral 7 del presente artículo, los cuales deberán estar justificados mediante contratos o acuerdos comerciales de suministro. Una vez vencido dicho plazo sin que se haya dado cumplimiento se sancionará con multa de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, y de allí en adelante cada semestre se entrará a revisar dicho cumplimiento.

En los sucesivos semestres primero, segundo, tercero, cuarto y siguientes, el distribuidor mayorista que no haya dado cumplimiento a la obligación señalada en el inciso primero de este parágrafo, deberá girar al Tesoro Nacional el valor que resulte de aplicar la siguiente ecuación, para lo cual la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía expedirá el acto administrativo correspondiente:

$\{((1.820.000 - Vdm) + (780.000 - Voa)) * No * Fm * Ts\}$
Vdm = Es el volumen en galones mensual de despachos suscritos con distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial, y el cual se calcula de acuerdo con el promedio de despachos mensuales de los últimos seis meses anteriores al cálculo. En el evento que Vdm sea mayor a 1.820.000 entonces Vdm será igual a 1.820.000.
Voa = Es el valor positivo que resulte de la diferencia entre los despachos totales del distribuidor mayorista y 1.820.000. En el evento que Voa sea mayor a 780.000 entonces Voa será igual a 780.000.
No = Margen base del distribuidor mayorista. Para efectos de este cálculo se tomará el valor promedio de los últimos seis meses anteriores al cálculo correspondiente al margen máximo reconocido por el Ministerio de Minas y Energía a favor del distribuidor mayorista por las ventas de gasolina motor corriente.
Fm = Factor de margen que se verá afectado. Se establecerá para el primer semestre de cálculo en 0.1, para el segundo semestre en 0.2, para el tercer semestre en 0.3, para el cuarto semestre y sucesivos en 0.4.
Ts = 6, que equivale a los seis (6) meses correspondiente al semestre de cálculo".

Decreto 1073 de 2015:

"ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2.3.83. Requisitos para ejercer la actividad de distribuidor mayorista. Toda persona natural o jurídica que se encuentre interesada en ejercer la actividad de distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo en el territorio colombiano deberá obtener, previamente, autorización del Ministerio de Minas y Energía para lo cual deberá presentar los siguientes documentos:

1. Copia de los estatutos sociales y estados financieros al momento de su constitución y composición accionaria de la empresa, de ser el caso.
2. Certificado de existencia y representación legal -para personas jurídicas- o registro mercantil -para personas naturales- expedido por la respectiva Cámara de

Comercio con no más de tres (3) meses de antelación, en el que conste que dentro de su actividad principal se encuentra la distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo.

3. Certificado de conformidad expedido por un organismo de certificación acreditado, sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el reglamento técnico emitido por la autoridad competente, de la planta de abastecimiento sobre la cual versa la solicitud que se tramita.

4. Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, en los términos establecidos en el presente decreto, en la cual debe aparecer expresamente determinada y ubicada la planta de abastecimiento sobre la cual versa la respectiva solicitud, acompañada del clausulado general con sus correspondientes anexos, así como copia del recibo de pago, en los montos establecidos.

5. Demostrar que tiene asegurada la fuente de suministro necesaria para el abastecimiento que proyecta realizar.

6. Demostrar que en la planta o plantas de abastecimiento que tiene a su cargo ha realizado despachos, mediante contratos o acuerdos comerciales, de combustibles líquidos derivados del petróleo en volúmenes superiores a dos millones seiscientos mil (2.600.000) galones al mes, de los cuales el setenta por ciento (70%) como mínimo debe corresponder a despachos realizados a distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial que cuenten con su marca.

Parágrafo 1°. Dada su ubicación geográfica y/o la limitada demanda de combustibles en el área de influencia que atienden, las plantas de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo, actualmente existentes en los municipios de San Andrés (Archipiélago de San Andrés); Florencia (Caquetá); San José del Guaviare (Guaviare); Buenaventura (Valle del Cauca) y Turbo (Antioquia), deberán demostrar que han celebrado contratos o acuerdos comerciales de combustibles líquidos derivados del petróleo con distribuidores minoristas o grandes consumidores, quedando

exceptuados del cumplimiento del volumen señalado en el numeral 7 del presente artículo. En igual sentido quedan exceptuados del cumplimiento de la señalada obligación, las plantas de abastecimiento actualmente existentes y las que se construyan en los municipios ubicados en los departamentos fronterizos del territorio nacional, al igual que las que se construyan para distribuir exclusivamente combustibles para quemadores industriales

Parágrafo 2°. Para iniciar operaciones el distribuidor mayorista deberá contar como mínimo con una planta de abastecimiento, con una capacidad de almacenamiento de por lo menos el 30% del volumen mensual señalado en el numeral 7 de este artículo.

*El distribuidor mayorista dispondrá de un plazo de doce (12) meses contados a partir de la fecha de autorización para cumplir con la obligación de distribuir el volumen señalado en el numeral 7 del presente artículo, los cuales deberán estar justificados mediante contratos o acuerdos comerciales. **Una vez vencido dicho plazo sin que se haya dado cumplimiento se sancionará con multa de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, y de allí en adelante cada semestre se entrará a revisar dicho cumplimiento.***

En los sucesivos semestres primero, segundo, tercero, cuarto y siguientes, el distribuidor mayorista que no haya dado cumplimiento a la obligación señalada en el inciso primero de este parágrafo, deberá girar al Tesoro Nacional el valor que resulte de aplicar la siguiente ecuación, para lo cual la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía expedirá el acto administrativo correspondiente:

$$\{((1.820.000 - V_{dm}) + (780.000 - V_{oa})) * N_o * F_m * T_s\}$$

V_{dm} = Es el volumen en galones mensual de despachos suscritos con distribuidores minoristas a través de estaciones de servicio automotriz y/o fluvial, y el cual se calcula de acuerdo con el promedio de despachos mensuales de los últimos seis meses anteriores al cálculo.

En el evento que Vdm sea mayor a 1.820.000 entonces Vdm será igual a 1.820.000.

Voa = Es el valor positivo que resulte de la diferencia entre los despachos totales del distribuidor mayorista y 1.820.000. En el evento que Voa sea mayor a 780.000 entonces Voa será igual a 780.000.

No = Margen base del distribuidor mayorista. Para efectos de este cálculo se tomará el valor promedio de los últimos seis meses anteriores al cálculo correspondiente al margen máximo reconocido por el Ministerio de Minas y Energía a favor del distribuidor mayorista por las ventas de gasolina motor corriente.

Fm = Factor de margen que se verá afectado. Se establecerá para el primer semestre de cálculo en 0.1, para el segundo semestre en 0.2, para el tercer semestre en 0.3, para el cuarto semestre y sucesivos en 0.4.

Ts = 6, que equivale a los seis (6) meses correspondiente al semestre de cálculo

Parágrafo 3°. *En el evento que un distribuidor mayorista tenga a su cargo más de una planta de abastecimiento, deberá cumplir lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.3.95 del presente Decreto.*

Parágrafo 4°. *El Ministerio de Minas y Energía revisará la anterior documentación, dentro del plazo de treinta (30) días contados desde la fecha de radicación de aquella. En caso de que dicha entidad formule observaciones, el interesado contará con un término hasta de quince (15) días para aclarar o adicionar la información.*

Presentadas las aclaraciones correspondientes por parte del interesado, el Ministerio de Minas y Energía, en un término de treinta (30) días, mediante resolución, emitirá la correspondiente autorización para operar como distribuidor mayorista.

En el evento en que no se absuelvan dentro del término establecido las observaciones formuladas, se rechazará la solicitud.

Parágrafo 5°. *En todos aquellos casos relacionados con lo señalado en el parágrafo 5° del artículo 2.2.1.1.2.2.3.90. del presente decreto, los distribuidores mayoristas podrán aplicar las excepciones y plazos*

señalados en el mismo, es decir continuar con la venta durante los plazos establecidos a los actores señalados en el respectivo parágrafo.

(Decreto 4299 de 2005 art. 14, numeral [7](#) modificado por el Decreto 1717 de 2008, art. [10](#); Parágrafo [2º](#) modificado por el Decreto 1717 de 2008, art. [11](#); parágrafo [1](#) modificado por el Decreto 1333 de 2007, artículo [11](#); parágrafo [3º](#) modificado por el Decreto 1333 de 2007, art. [13](#))” (Resaltado fuera de texto).

A juicio del demandante, las normas acusadas vulneran lo preceptuado en el artículo 333 de la Constitución Política, en tanto se restringe la libertad de empresa y la iniciativa privada; así mismo, excede la potestad reglamentaria con la que cuenta el Presidente de la República en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, en la medida en que se crea un régimen sancionatorio que ya se encuentra previsto en la Ley 26 de 1989; también, por violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política por el hecho de la exención de las plantas ubicadas en algunos municipios y zonas fronterizas, de mantener volúmenes de 2.600.000.000 de galones de combustible.

Al respecto, se debe indicar, en primer lugar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 381 de 2012, el Ministerio de Minas y Energía tiene dentro de sus funciones la expedición de los

reglamentos del sector para la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables y biocombustibles.

El texto de la citada norma, es el siguiente:

"ARTÍCULO 2o. FUNCIONES. *Además de las funciones definidas en la Constitución Política, en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y en las demás disposiciones legales vigentes, son funciones del Ministerio de Minas y Energía, las siguientes:*

[...]

8. Expedir los reglamentos del sector para la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables y biocombustibles [...]".

Ahora bien, a términos de lo previsto en el artículo 212 del Decreto 1056 de 1953, Código de Petróleos, el transporte y la distribución de petróleo y sus derivados constituyen un **servicio público**, y quienes quieran realizar cualquiera de esas actividades deberá someterse a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, para el efecto:

"ARTICULO 212. *Como el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán*

ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales”.

En armonía con esa disposición, el artículo 1º de la Ley 39 de 1987, preceptúa que la distribución de combustibles es un servicio público que se prestará de acuerdo con la Ley.

Bajo ese marco normativo, se desprende que el Ministerio de Minas y Energía tiene la potestad legal para determinar las normas sobre la calidad, medida y control de los combustibles, así como de las sanciones a que haya lugar para los distribuidores cuando quiera que no se cumpla con lo dispuesto en la reglamentación que para el efecto se señale por esa cartera ministerial.

De esta manera, el Ministerio de Minas y Energía, sobre la base de contar con el conocimiento especializado y técnico en la materia, debe establecer los requisitos, obligaciones y el régimen sancionatorio a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del petróleo (GLP), con el objeto de garantizar que la distribución se realice bajo los más altos estándares de seguridad

debido al alto riesgo que conlleva el desarrollo de esa actividad, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 1997¹⁷.

Adicionalmente, debe destacarse que en razón a que la distribución y transporte de combustibles derivados del petróleo es un servicio público, es decir que comprende una actividad con la que se persigue la satisfacción de necesidades de interés general, en forma regular y continua, es necesaria la regulación del Estado.

Por consiguiente, el Ministerio de Minas y Energía dentro de las funciones y facultades legales atribuidas en la normativa antes reseñada, tiene el deber de planear, controlar y vigilar la distribución de los combustibles derivados del petróleo para cuyo efecto, debe diseñar y definir las políticas tendientes a que ese servicio público se cumpla dentro de las condiciones de seguridad que exige la Ley.

Así pues, dentro del marco de las funciones legalmente asignadas, el Ministerio de Minas y Energía reglamentó la cadena de distribución de

¹⁷ Corte Constitucional, MP. Dr. Jorge Arango Mejía.

combustibles líquidos derivados del petróleo, y determinó los requisitos que se deben cumplir por parte de quienes pretendan ejercer la actividad de distribuidor mayorista.

Dentro de los requisitos que se deben acreditar está el referente a que la planta de abastecimiento haya celebrado contratos para el suministro de combustibles líquidos derivados del petróleo por volúmenes superiores a los 2.600.000 galones al mes.

A partir de la determinación de esa exigencia, se infiere con meridiana claridad que la observancia o acreditación de suministro de combustible en ese volumen está dirigida a quienes cuenten con la infraestructura técnica, entre otros aspectos, para poder ser considerado como distribuidor mayorista de combustible.

Bajo esa premisa, no es atendible la afirmación del actor, en el sentido de señalar que las normas demandadas restringen la libertad económica y la iniciativa privada por imponer barreras de entrada al mercado de cualquier empresario que no haya suscrito contratos para el suministro de combustible con el volumen de 2.600.000 galones

por mes, en el entendido de que la reglamentación tiene unos destinatarios claramente determinados, esto es, los agentes que quieran ostentar la condición de distribuidores mayoristas de combustible¹⁸, quienes, por obvias razones, deberán contar con una capacidad de operación superior de abastecimiento.

El empresario que no cumpla con las condiciones señaladas en la reglamentación, evidentemente, no podrá ser sujeto del cumplimiento de tales exigencias, lo que de suyo apareja como consecuencia que el agente que quiera apenas ingresar o permanecer en el mercado de distribución de combustibles derivados del petróleo sin los requisitos en mención, deberá someterse a las disposiciones que sobre el particular hayan sido expedidas por la autoridad competente.

Por otro lado, el actor sostiene que la exención a ciertos municipios y territorios fronterizos de demostrar el despacho de combustible en volúmenes superiores a los 2.600.000 galones, atenta contra el

¹⁸ Decreto 4299 de 2005. Artículo 4. Definiciones. [Adicionado por el art. 1, Decreto Nacional 1333 de 2007](#), [Adicionado por el art. 1, Decreto Nacional 1717 de 2008](#). Para efectos de interpretar y aplicar el presente decreto se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: [...] Distribuidor mayorista: Toda persona natural o jurídica dedicada a ejercer la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de una planta de abastecimiento, la cual entrega dichos productos con destino a la(s) planta(s) de otro(s) distribuidor(es) mayorista(s), a los distribuidores minoristas o al gran consumidor, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente decreto.

derecho a la igualdad porque impone una carga injustificada a los otros municipios ubicados en departamentos no fronterizos.

Frente a este punto, el Despacho prohíja la explicación del Ministerio de Minas y Energía en el sentido de indicar que la determinación de la exención en el manejo de volúmenes superiores de combustible obedece a la dinámica del mercado, para lo cual se debe analizar la oferta y la demanda de combustible en las zonas del país en donde no haya una alta densidad poblacional.

El derecho a la igualdad, según el desarrollo de la Corte Constitucional, no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

"[...] 4. Como en múltiples oportunidades lo ha indicado esta Corporación, la Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, consagrado en el preámbulo y el artículo 1 superior, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Y, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta, la igualdad es también un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se

encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. De esta manera, es evidente que la correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

5. En esa línea, ha dicho la Corte que la interpretación de este principio y derecho no se limita al entendimiento de la igualdad desde un punto de vista de equiparación matemática o formal que exigiría absoluta homogeneidad, sino que debe verse desde una perspectiva material que establezca tratos iguales entre iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficios de grupos que aunque desde una perspectiva son iguales desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado.

Es claro, entonces, de una parte, que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos y, de otra parte, que el trato discriminatorio es aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la justificación de la diferencia consiste en definir la razonabilidad y proporcionalidad de la medida [...]”¹⁹ “.

En ese contexto, se arriba a la conclusión de que la exención del manejo de volúmenes de combustible otorgada a unos municipios del país y departamentos fronterizos tiene como justificación la ubicación geográfica y la limitada demanda de combustible, circunstancias estas de las que se deduce que la imposición de los volúmenes previstos en la norma sí constituiría una clara vulneración al derecho

¹⁹ Sentencia C-862 de 3 de septiembre de 2008 (Magistrado ponente doctor Gerardo Monroy Cabra)

a la igualdad, en la medida en que la carga no sería proporcional ni razonable por las específicas condiciones geográficas y del mercado en esas zonas del país.

Por consiguiente, para la Sala Unitaria, un primer examen de la legalidad de los actos acusados permite inferir que no se reúnen los requisitos señalados por la Ley y la Jurisprudencia para el decreto de la medida cautelar solicitada, en tanto no se observa contradicción de aquellos frente a las normas que se invocan violadas.

Finalmente, se reitera que la valoración inicial o preliminar que se efectúa al resolver la solicitud de medidas cautelares, como lo establece el inciso 2º del artículo 229 del CPACA, no constituye prejuzgamiento, pues aunque permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no condiciona la decisión final.

Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013-00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que:

*"La Jurisprudencia ya ha ido 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 causa [...]. **La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan 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**".(Negrillas fuera del texto).*

De modo pues que al no cumplirse los requisitos previstos en el artículo 231 del C.P.A.C.A., se impone para la Sala Unitaria denegar la medida cautelar solicitada.

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

R E S U E L V E

Primero: DENIÉGASE la solicitud de medida cautelar.

Segundo: TIÉNESE a la doctora **NUBIA YENITH CÓRDOBA ZAMBRANO** como apoderada del **MINISTERIO DE COMERCIO,**

INDUSTRIA y TURISMO; al doctor **JUAN ALEJANDRO SUÁREZ SALAMANCA**, como apoderado del **MINISTERIO DE MINAS y ENERGÍA**, y al doctor **RICARDO RODRÍGUEZ CORREA**, como apoderado del **MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO**, de conformidad con los poderes y demás documentos visibles a folios 19, 33 y 56, respectivamente, del cuaderno de la medida cautelar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera