

Bogotá D.C., diciembre de 2017

Honorables Magistrados (as)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA (Reparto)

Sección Primera

E. S. D.

REF. Acción Constitucional de Grupo.

DEMANDANTE. PAULINA BLANCO BARRERA.

DEMANDADOS. DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA
Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Respetados Magistrados (as):

CAMILO ARAQUE BLANCO, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado especial de la ciudadana PAULINA BLANCO BARRERA, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.405.846, domiciliada en la ciudad de Bogotá, y del grupo de afectados que se logre demostrarse a lo largo del proceso (cerrado y abierto), conforme con lo dispuesto en el 88 de la Constitución Nacional, en los artículos 48, 50 y 51 de la Ley 472 de 1998 y en el artículo 145 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), me dirijo respetuosamente a ustedes para presentar **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE GRUPO** en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por los perjuicios causados a la accionante - y al grupo existente de afectados por determinar¹, por el cobro permanente, reiterado e inconstitucional de la contribución parafiscal contenida en el Decreto 4839 de 2008, anulado en sus artículos 3, 7 y 9 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800, que significó un desmedro patrimonial (daño antijurídico) a mi poderdante y demás miembros del grupo de afectados, representado por TODOS los usuarios de gasolina y diesel del territorio nacional, que no tenían del deber de soportar.

¹ Revisar la presentación del Doctor Carlos Caycedo en relación al alcance de la protección constitucional de los consumidores: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/1_principal/Principioscarloscaycedo.pdf.

La demanda se asienta en los siguientes:

I. HECHOS

1. El día 24 de julio del año 2007, el Congreso de la República, expidió la Ley orgánica 1151 de 2007, creando el Plan Nacional de Desarrollo correspondiente al período 2006-2010.
2. El artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 estableció el sistema general de los precios de los combustibles, sin mencionar o vincular de forma alguna al consumidor final dentro de ésta política pública -como el agente más débil de la relación comercial- estableciendo como propósito el de lograr en un futuro el desmonte de los subsidios sobre estos bienes, de la mano de un sistema general de precios, que atienda a los establecidos por el mercado internacional cuyo eje sea la oferta y la demanda, tal como se lee a continuación:

“Se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel. Mientras culmina el desmonte de estos subsidios en la vigencia del presente Plan Nacional de Desarrollo, seguirán siendo financiados con cargo a los recursos de la Nación, en desarrollo de la política para implementar un Sistema General de Precios que reconozca la realidad de los precios internacionales de estos combustibles”.

3. Por su parte el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles – FEPC, y a renglón seguido, advirtió que la operatividad y el funcionamiento de este fondo, se adelantaría de conformidad con la reglamentación por parte del Gobierno Nacional, como reza el mismo contenido literal:

“Créase el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el "Fondo de Estabilización Petrolera" de la presente ley.

La operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto".

4. Fondo que tiene como propósito evitar la fluctuación de los precios internacionales de los combustibles, y mitigar sus posibles efectos económicos negativos en el mercado económico del país.
5. De modo que, en ejercicio de las facultades reglamentarias derivadas de la Constitución Política en su artículo 189 numeral 11, el señor Presidente de la República, expidió el Decreto 4839 de 2008, reglando así, en principio, la operatividad y el funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles.
6. El literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2008 reguló asuntos ajenos al margen reglamentario permitido, es decir a la operatividad y funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC, en la medida, que se tocó un tema no permitido por el legislador, como lo son, las fuentes de financiación o recursos, incluyendo el reglamentador, una nueva, a las dos que expresa y restrictivamente contempló la Ley 1151 de 2007, desconociéndose no sólo la finalidad estatal con la política pública de los combustibles conforme al artículo 60 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo antes citada, sino que además se soslayó ostensiblemente el orden normativo superior contenido en la Carta Fundamental, tal como se puede leer:

"Recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC. -El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- se constituirá con el 10% de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A., en el FAEP a que hace referencia el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 y el

Decreto 3238 de 2007. Adicionalmente contará con los siguientes recursos:

a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo

b) Los provenientes de los giros efectuados por los Refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

c) Los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación, en virtud del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007".

7. Por su parte el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008, con base en la autorización ilegal contenida en el literal b) del mismo precepto, estableció que el precio de los combustibles será determinado mediante acto administrativo por el Ministerio de Minas y Energía, llamado Posición Neta Trimestral, configurándose de manera indubitable e indefendible una verdadera reforma fiscal en contra del principio constitucional de reserva legal en materia tributaria previsto en los artículos 150 y 338 de la Constitución Política, y una intervención indebida en la economía del mercado igualmente configurado en el artículo 334 superior, invadiéndose con este acto competencias constitucionales, propias del poder legislativo, al ser un asunto que debía haberse tratado con sujeción a una ley en sentido formal y material, producto de la voluntad popular y soberana de sus representantes, y no, de una simple resolución proferida unilateralmente por un ministerio, sin el más mínimo de respeto por el Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho. Todo lo anterior de la siguiente manera:

"Posición Neta Trimestral. El Ministerio de Minas y Energía calculará y liquidará mediante resolución, la Posición Neta Trimestral de cada Refinador y/o Importador.

Dicha posición será el producto de la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Compensación y cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Participación, definidas así:

Cuentas por pagar a favor de los refinadores y/o importadores con cargo al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-: Es el monto en pesos

correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Compensación.

Cuentas por pagar a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- con cargo a los refinadores y/o importadores: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Participación”.

8. Es notorio que la orientación del Decreto 4839 de 2008, antes de atender a una verdadera intención de establecer parámetros propios del funcionamiento y operatividad del fondo, tuvo el propósito simulado de incluir una nueva fuente de financiamiento como lo es el dinero cobrado al usuario final, producto de la fijación unilateral del precio de los combustibles por medio de un acto administrativo, aparándose el poder ejecutivo en la facultad otorgada en el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y en su aparente respeto.
9. El artículo 9 del Decreto 4839 de 2008, estableció el modo como se generarían los pagos por parte de los productores y refinadores, a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC, como se puede observar:

“Pagos a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC : En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea negativa, los mismos girarán en pesos con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7° del presente decreto, el valor que ésta determine y en la cuenta que sobre el particular defina el administrador del Fondo”.

10. Resulta perfectamente claro que con la entrada en vigencia del Decreto 4839 de 2008, no sólo se creó una reforma tributaria por cuanto se creó una carga unilateral y obligatoria que deben soportar los administrados, sino que además, se alteró el cálculo de otros tributos de los que son objeto los combustibles, en la medida que se modificó la base gravable del bien; en detrimento del

espíritu legal y del Plan Nacional de Desarrollo al reemplazarlo prácticamente en lo que respecta a la política de combustibles. Darle vida a este acto administrativo es desconocer el sistema de pesos y contrapesos existente en nuestro Estado, es generar una profunda desarmonía entre los poderes públicos, al reemplazar el ejercicio normativo de los órganos de representación popular como lo es el Congreso de la República, a través de actos administrativos, producto del desconocimiento constitucional, legal y jurisprudencial.

11. El Decreto 4839 de 2008, fue anulado en sus artículos 3, 7 y 9 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800, por comprobarse que este acto desconoció el principio de legalidad en materia tributaria contenido en los artículos 150 y 338 de la Carta Fundamental, tal como se colige de la propia providencia:

“De las consideraciones de la Corte Constitucional que fueron trascritas resulta pertinente resaltar lo atinente a que los giros efectuados por los refinadores e importadores con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles son un tributo, concretamente una contribución parafiscal.

En esa medida, la Sala considera que el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 deben ser anulados por violar los artículos 338 y 150 (numeral 12) de la Constitución Política, pues, como se explicó, establecieron una carga fiscal que, como tal, debía ser fijada por el legislador, en acatamiento del principio de legalidad, y no por Gobierno Nacional, como en efecto se hizo mediante el reglamento demandado”.

12. Lo cierto es, que gracias a la expedición de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, retirados por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, las Entidades demandadas incurrieron en una falla del servicio al proferir un acto administrativo general –decreto- contraria a la Constitución Política y a la Ley 1151 de 2007, por desconocer, entre otros aspectos, el principio de reserva de ley en materia tributaria, y a turno, se irrogó un daño antijurídico mayúsculo a todos los consumidores de

combustible (gasolina y diesel) del país -que no tenían del deber de soportar-, como consecuencia de una contribución parafiscal flagrantemente violatoria del orden constitucional de nuestro sistema jurídico, que permitió que durante cerca de 3 años, se mantuviera alterado el precio del mercado interno –o llamado precio de referencia- por encima de la realidad económica, sin que los usuarios pudieran verse beneficiados algunas vez de las condiciones favorables del mercado, por una cotización baja en el crudo WTI y el dólar, viéndose forzados a “ahorrar” e integrar el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles- FEPC, que dicho sea de paso este fondo no tuvo una destinación exclusiva para el sector económico para el cual fue creado, es decir sus recursos públicos, fueron destinados a causas diversas a las de mitigar las fluctuaciones internacionales del mercado de los combustibles, y jamás tuvo un control fiscal o presupuestal, lo que es considerado incluso delito de acuerdo a nuestro Código Penal Colombiano.

13. El daño originado a mi representada y al grupo defendido, se comprueba en el hecho de que tuvo que pagar un precio de los combustibles dentro del mercado -durante los años 2009- 2011- evidentemente más oneroso, como consecuencia de la contribución parafiscal contraria a la Constitución Nacional, teniendo en cuenta además que el precio interno o de referencia fijado vía acto administrativo a por el Ministerio de Minas y Energía que, siempre estuvo por encima del precio internacional o de paridad, diferencia que alimentaba el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC, el cual fue invertido por el Gobierno Nacional en diferentes causas como ya se explicó, lo que dio origen a un supuesto “déficit” del mismo. Diferencia económica que representa cerca de \$ 1.800 pesos m/cte por galón entre ambos mercados que le es exigible a los consumidores de gasolina, y que integra indebidamente el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC.

14. Tanto la Corte Constitucional² como el Consejo de Estado³, en reiterada jurisprudencia han decantando la

² Cfr. Sentencia C-038 de 2006, donde se dijo al respecto: “Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está

responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado por el hecho del legislador y del reglamentador –cuyo fundamento es el mismo-, sea a título de falla del servicio, cuando la disposición normativa sea retirada del ordenamiento jurídico por una sentencia de inconstitucionalidad o anulativa como en el caso que nos ocupa, o a título de daño especial, situación mediante la cual a pesar de ser ajustada a la Carta Fundamental el precepto normativo, el mismo rompe las cargas públicas que debe soportar un administrado, generándole un daño desproporcionado que no está obligado a soportar, surgiendo el deber de reparar por parte de la Administración.

II. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, respetuosamente solicito a usted Honorable Magistrado (a) lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que la NACIÓN- CONGRESO DE LA REPUBLICA y la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y ENERGIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, son solidaria y civilmente responsables por los daños ocasionados al grupo que resulte conformado en el desarrollo procesal, de acuerdo al artículo 55 de la Ley 472 de 1998, por el cobro permanente, reiterado e inconstitucional de la contribución parafiscal contenida en los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 anulados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800, que significó un desmedro patrimonial (daño antijurídico) para TODOS los usuarios de gasolina y diesel del territorio nacional a partir de una causa uniforme, haciendo más oneroso el bien dentro del mercado, sin

expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”.

³ Ver, entre muchas otras, las sentencias de 18 de octubre de 1990, exp. 5396; de 2 de febrero de 1995, exp. 9273; de agosto 25 de 1998, Rad. IJ-001; del 8 de septiembre de 1998, Rad. IJ-002 y del 24 de octubre de 2013, Exp. 26690.

que estos tuvieran el deber de soportar dicha carga contraria a derecho.

SEGUNDO: En consecuencia, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y ENERGIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, como reparación del perjuicio ocasionado, a pagar a la suma que logre demostrarse del daño antijurídico a lo largo del proceso, al grupo de afectados por concepto de daño emergente -equivalente a la contribución parafiscal cobrada desde enero de 2009 a septiembre de 2011, antes de entrar a regir el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011-, junto con los intereses máximos legales vigentes y actualización monetaria hasta tanto se cumpla la sentencia, o la suma que resulte demostrada a lo largo del proceso en ese sentido.

TERCERO: Teniendo en cuenta la nueva tipológica del daño inmaterial de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴ por violación a bienes constitucionales y convencionales, solicito de manera subsidiaria a título de reparación económica⁵, *in natura* o *restitutio in integrum*⁶ de los derechos constitucionales de los consumidores de combustibles transgredidos tutelados en los artículos 78 y 83 de la Constitución Nacional y en la Ley 1480 de 2011, se establezca como metodología reparadora, aquella consistente en ordenar a los demandados a rebajar el precio del bien del que se desprende el perjuicio generado, es decir de los combustibles (gasolina y diesel) dentro del mercado, acorde a la misma intensidad del daño ocasionado y durante el mismo tiempo que se ha desplegado la conducta dañosa que dio origen al daño antijurídico por parte de los accionados, frente al grupo de perjudicados⁷, junto con las demás medidas no pecuniarias que resulten procedentes y necesarias para lograr una reparación integral (tales como excusas públicas, un acto de desagravio y la publicación de la sentencia en un lugar visible).

CUARTO: Se declare y liquiden los honorarios del suscrito defensor equivalentes al 10% de los perjuicios que logren ser demostrados para los miembros del grupo que no hayan sido

⁴ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222.

⁵ Cfr. Respecto a la aplicación de las medidas de reparación no pecuniarias contenidas en la Resolución 60/147 de la ONU ver: Corte Constitucional, fallos C-578 de 2002; C-872 de 2003; T-025 de 2004; C-979 de 2005; T-188 de 2007; T-821 de 2007; T-458 de 2010. Y, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero del 2011, exp. 34387; sentencia del 20 de febrero del 2008, exp. 16996; sentencia del 19 de octubre del 2007, exp. 29273.

⁶ Esta forma de reparar busca dejar a la víctima en la medida de lo posible como se encontraba material y jurídicamente antes de la vulneración de los derechos protegidos. Esta forma de reparación -a modo de ejemplo- ha sido empleada, en otros eventos, como los previstos en el Convenio para la Patente Europea (CPE) en su artículo 122, y en el artículo 2058 del Código Civil Italiano titulado "*Compensación en Forma Específica*".

⁷ Frente a esta fórmula de reparación, consultar el caso de la Corte Suprema de California del 15 de noviembre de 1967, en el caso DAVID DAAR, vs. YELLOW CAB COMPANY, por el sobre costo tarifario de los taxis de la ciudad.

representados judicialmente, como abogado coordinador, en los términos del numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO: Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados, en los términos del Código General del Proceso .

SEXTO: Se ordene crear un comité para verificar el cumplimiento de la sentencia a efectos de lograr la efectividad del principio constitucional de reparación integral en cabeza del grupo afectado.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE GRUPO

3.1 Fundamento Constitucional y desarrollo legal.

La acción constitucional de grupo, fue creada por el constituyente primario de 1991 como una acción preferente destinada a materializar una indemnización de un grupo, producto de una causa dañina que se reputa uniforme y, que en términos de economía procesal resulta más conveniente ejercerla conjuntamente por los afectados, antes que cada uno de los afectados acuda individualmente a reclamar la indemnización procedente.

Este instrumento procesal que deviene de la intención del poder originario constitucional, hace parte de los mecanismos procesales edificados para lograr la efectividad de los derechos individuales y colectivos que lleguen a verse comprometidos por la conducta activa o pasiva de la Administración pública y de los particulares, herramienta procesal que en el derecho comparado es conocida también como *class action*⁸ para el sistema jurídico *common law* o anglosajón y demanda colectiva para el sistema romano-germánico.

Acción constitucional que encuentra su génesis en el artículo 88 Superior donde se consignó: "*También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares*".

Disposición que fue desarrollada por la Ley 472 de 1998 en su artículo 46 y siguientes, que se lee:

"ARTICULO 46. PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES DE GRUPO. *Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un*

⁸ Stephen C. Yeazell, *De Litigios Grupo Medieval de la Acción Clase Moderno* (New Haven: Yale University Press, 1987), 38.

conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios”.

Ulteriormente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en su artículo 145 igualmente tuvo presente la Acción Constitucional de Grupo al mencionar:

“Artículo 145. Reparación de los perjuicios causados a un grupo. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio”.

3.2 Aproximación jurisprudencial.

Ahora bien para la Sección Tercera del Consejo de Estado según el Auto del 20 de noviembre de 2003. Exp. 2003-01618. Actor: Ana Yalile Alonso Rincón. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, esta acción constitucional tiene el siguiente alcance:

“De la definición consignada en los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998, es fácil concluir que la acción de grupo reviste naturaleza indemnizatoria, en tanto que está encaminada a obtener la reparación de los daños individuales que ha sufrido cada uno de los miembros del grupo. Entre la naturaleza y la finalidad de la acción de grupo existe una relación de interdependencia, que las hace inescindibles; en

efecto, es la finalidad de la acción de grupo se (sic) deduce su naturaleza indemnizatoria, y, a su vez dicha naturaleza deja claro que 'el objeto de la acción de grupo es la indemnización de los perjuicios sufridos en forma individual por cada uno de los miembros del grupo, y que este carácter indemnizatorio es lo que la identifica, siendo de menos importancia el tipo de derechos que puede proteger en un caso determinado, pues los mismos pueden ser individuales o colectivos.' (AG-5428 de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.)

Del Artículo 46 de la Ley 472 de 1998 se deducen los requisitos para que la acción de grupo sea procedente: -Que el grupo de afectados esté conformado, al menos, por veinte personas (art. 46), asunto que ha de estar acreditado en la demanda. -Que cada una de tales personas, naturales o jurídicas, haya sufrido un perjuicio individual (art. 48), el cual puede derivarse de derechos colectivos o particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C - 215 de 1999). -Que el grupo reúna condiciones uniformes respecto de la causa del daño; estar (sic) circunstancia permite identificar el grupo con anterioridad a la ocurrencia del daño. -Que las condiciones uniformes existan, igualmente, respecto de los elementos que configuran la responsabilidad (arts. 3 y 46). -Que la acción se ejerza con la exclusiva pretensión de obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios (art. 46)".

De igual forma este alto Tribunal en Sentencia del 10 de julio de 2003. Exp. AG 2001-0002. Actor: Ahorradores de la Financiera Bermúdez y Valenzuela S.A. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, conceptuó al respecto:

"Dentro de las características de la acción de grupo se destacan, entre otras, las siguientes: que a diferencia de la acción popular que es preventiva, la de grupo ostenta un carácter indemnizatorio, en la medida en que busca el resarcimiento de un perjuicio patrimonial proveniente de un daño; para intentarla solo están legitimadas las personas que integran una clase o un grupo (mínimo 20), respecto del cual se acrediten condiciones homogéneas o uniformes, tendiente a obtener una indemnización

de perjuicios individuales en razón de una misma causa (violación de derechos colectivos o subjetivos de origen constitucional o legal)...

"Los elementos que configuran la responsabilidad (en las acciones de grupo) a que hacen alusión las normas transcritas deben ser demostrados por los demandantes y son: la acción u omisión generadora del daño; el daño; y el nexo causal entre éste y aquéllas, en relación con el daño es de anotar que si el objeto de la acción en comento es obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados al grupo, el daño debe aparecer plenamente demostrado en el proceso, porque de lo contrario el sentenciador no podrá ordenar su reparación"

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-241 de 2009, consideró respecto de la naturaleza jurídica de este tipo de acciones constitucionales:

"ACCION DE GRUPO O CLASE-Concepto/ACCION DE GRUPO O CLASE-Finalidad/ACCION DE GRUPO O CLASE-Derechos que ampara/ACCION DE GRUPO O CLASE-Características/ACCION DE GRUPO O CLASE-Alcance como mecanismo para el acceso a la administración de justicia

Las acciones de grupo han sido instituidas como un instrumento específicamente encaminado a facilitar la indemnización de las distintas personas que, en igualdad de circunstancias, hayan sido víctimas de un mismo hecho dañoso dotado de relevancia social, a partir de cuya ocurrencia todas ellas deben ser resarcidas. La Corte ha resaltado también que los derechos a cuya protección se encamina esta acción no son únicamente los que amparan intereses supraindividuales, sino que por el contrario, ella es procedente para la protección de intereses individuales de un número considerable de personas, siempre y cuando exista una coincidente y simultánea afectación de tales derechos por cuenta de la ocurrencia de un mismo hecho dañoso. En tales condiciones, las acciones de grupo tienen un sujeto activo esencialmente plural, que sin embargo se pone en movimiento a partir de la iniciativa de uno o unos pocos de los sujetos que conforman el conjunto de personas afectadas, lo

cual supone la superación, o al menos la relativización, de las estructuras procesales clásicas que en la mayoría de los casos prevén la existencia de un sujeto activo individual".

En esta misma providencia se decantaron sus principales características o razones de existencia fuera de las anotadas anteriormente: *"La existencia de este instrumento, que es adicional a las acciones civiles o administrativas que la ley otorga a cada uno de los perjudicados, tiene su justificación en razones tales como: i) la expectativa de avanzar en la solución de graves y estructurales problemas de acceso a la justicia; ii) la posibilidad de modificar el comportamiento de ciertos agentes económicos que de no existir un mecanismo de este tipo carecen de incentivos claros para evitar daños individuales pequeños, quizás catalogados como insignificantes, a un número considerable de personas, cuya polémica contrapartida puede ser un beneficio económico apreciable para tales agentes; iii) la importancia de contribuir a la economía procesal en beneficio de todos los involucrados, e incluso de quien aparezca como parte demandada, así como de evitar, en lo posible, la adopción de decisiones contradictorias como las que podrían presentarse al definirse en distintos tiempos y ante diversos jueces, cada uno de los casos individuales".*

IV. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD

4.1 Clausula General de Responsabilidad del Estado y obligaciones sobre las que sustenta el deber de reparar.

El artículo 90 de la Constitución Política consagra en su inciso primero que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."*

La Corte Constitucional ha señalado que aquel artículo superior consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto contractual como extracontractual, en los siguientes términos:

"3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16-

los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

"Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

"La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente contruidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el

artículo 90, que representa entonces "la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual". Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 "es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual"⁹.

El Consejo de Estado como órgano de cierre o límite de la jurisdicción contencioso administrativa, ha desarrollado durante más de un siglo la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado, que en el campo extracontractual tiene como base la falla o falta del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

En el presente asunto nos encontramos ante un evento de responsabilidad estatal por la falla en el servicio en el que incurrieron las entidades demandadas, quien en nuestro sistema estatal y la forma de organización de los poderes públicos tiene asignada la función de crear las leyes en sentido formal; dicho imperativo se deriva directamente de nuestra Constitución Política, que al respecto señala:

Ya superada la antiquísima discusión sobre la procedencia o no de declaratoria de responsabilidad del Estado por los daños generados en el ejercicio de su labor legislativa y reglamentaria, no se hace necesario realizar manifestación alguna sobre este punto. Es un hecho que bajo el imperio del artículo 90 de la Constitución, no existen excepciones o reglas de "irresponsabilidad" de ninguna clase; el único supuesto constitucionalmente consagrado es la causación de un daño antijurídico, esto es, que la persona no está en el deber de soportar.

El deber de reparar por parte del Estado, por el hecho legislador y reglamentador, se reputa de dos supuestos: (i) cuando en ejercicio de una actividad lícita genera una ruptura en las cargas públicas de los administrativos, más allá del deber que tienen soportar, se genera el deber de reparar a título de daño especial, y (ii) cuando se produce un defecto en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, esto es, cuando sus normas sean actos legislativos, leyes estatutarias, marco, orgánicas u ordinarias en el caso del poder legislativo y de actos

⁹ Sentencia C- 333 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

administrativos en el caso del ejecutivo, son contrarias a la constitución y retirados del ordenamiento jurídico, debiendo responder por las causas que pudieron materializarse mientras duró su vigencia y presunción de constitucionalidad y legalidad respectivamente.

En el presente caso, la situación es aún más compleja si se tiene en cuenta, que el acto –Decreto 4839 de 2008- sobre el cual se soporta la existencia del daño antijurídico originado al grupo afectado, facultó al Ministerio de Minas y Energía, para que este vía resolución trimestral, fijara una contribución parafiscal equivalente al precio interno de los combustibles discrecionalmente, es decir, sin límite alguno, para que mes a mes, se le fue cobrado a los ciudadanos del común, como en efecto le ocurrió a mi representada, cuya destinación sería el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC, sin respetarse el principio de legalidad en materia tributaria.

Tenemos entonces, que conforme a una interpretación literal, sistemática, conforme, histórica y fenomenológica del artículo 90, los poderes públicos –incluido el legislativo y el ejecutivo- debe responder por los daños antijurídicos, ocasionados a los administrados, que se exhiben como ilegítimos, esto es que no tienen el deber de soportar.

4.2 Elementos concretos del deber de reparar.

Ahora bien, resulta necesario para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado y de los particulares llamados a responder, los siguientes elementos: i) el daño, ii) el nexo causal, y iii) el título de imputación. Requisitos que se encuentran demostrados plenamente en el presente caso, como se pasa a analizar detenidamente a continuación.

4.2.1 Daño.

Este resulta el componente tradicional, sobre el cual se edifica la responsabilidad, el elemento protagónico y habilitante para poder sostener la existencia del deber de reparar, que no es otro que: el daño. Si no existe daño, no hay razón para entrar a analizar, los demás presupuestos de la responsabilidad –como la conducta del agente involucrado, la culpa, el dolo, el riesgo o aspectos de causalidad-, este se reputa como el umbral necesario para determinar, si es procedente o no el juicio de responsabilidad, que en últimas existe primordialmente, para reparar esta alteración nociva a una situación preexistente de la víctima. Dicho en otros términos, resulta injusto, que alguien que

alegue un daño se vea favorecido por una condena en su favor, sin demostrar la existencia del mismo.

Existen diferentes definiciones de la noción de daño, de una parte algunos autores como Adriano De Cupis¹⁰ y Fernando Hinestrosa¹¹ reiteran su concepto pacífico y clásico; entendido como un menoscabo, quebrantamiento o agravio a un derecho subjetivo o interés legítimo¹² tutelado por el ordenamiento jurídico, otros como Bianca¹³ sostienen que el daño es la consecuencia económica negativa inmediata y directa de la acción u omisión sobre la víctima -definición más acertada al concepto de perjuicio como consecuencia del daño-, y recientemente, doctrinantes como Juan Carlos Henao¹⁴, sostienen que el daño es la aminoración del patrimonio del afectado u ofendido por cuenta de la conducta del autor del hecho dañoso, partiendo de la idea de un concepto amplio del patrimonio, cuyo contenido no se limita a las obligaciones de contenido pecuniario.

El daño se demuestra sin mayores dificultades en el caso *sub-examine*, por cuanto es palmario que a los millones de consumidores de los combustibles (gasolina y diesel) se les cobró una contribución parafiscal sobre un bien adquirido dentro del mercado, totalmente extraña a los principios, valores y reglas de la Constitución de 1991 –artículos 150 y 338-, con independencia de su fin constitucional perseguido, alejado de la realidad del mercado, haciéndolo más oneroso, por cuenta de una causa y sustento contrario a derecho, lo que supone que fueron contribuyentes de un tributo carente de consonancia de nuestro orden normativo superior por no haber respetado la

¹⁰ Adriano De Cupis, "El daño, teoría general de la responsabilidad civil", Bosch, Barcelona, 1975, trad. Ángel Martínez Sarrion, p. 109: "lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción".

¹¹ Fernando Hinestrosa, en "Derecho Civil, Obligaciones", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964. p 334, define daño como la: "lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja. Todo detrimento que resulta de la actividad del demandado, principalmente en el patrimonio, pero también en los sentimientos del ofendido, constituye daño y es materia de indemnización que procura restablecer el orden turbado con las medidas restitutorias, reparadoras y compensatorias dichas".

¹² Existen doctrinantes como Héctor Pedro Iribarne, en su obra "De los daños a la persona", edit., Ediar, Buenos Aires 1993, que hacen una diferenciación entre interés legítimo e interés simple -que puede en cierto punto parecer irrelevante-, afirmándose que estos últimos son intereses predicables de las personas, que hacen parte de su esfera privada y cuya protección escapada del ordenamiento jurídico.

¹² Jaime Mendieta "Culpa In Contraendo Historia

¹³ Jaime Mendieta "Culpa In Contraendo Historia, Evolución y Estado Actual de la Cuestión". Universidad Externado de Colombia. Revista Julio-Diciembre de 2011, cit., p. 4: "C. Massimo Bianca, *Diritto Civile, La Responsabilità*, Milano, Giuffrè Editores, 1ª ed., 1994, V, pp. 112 y 113. El autor señala en su libro tres nociones distintas del daño: según la primera, el daño puede ser entendido como un evento lesivo, o sea, el resultado material o jurídico en el cual se concreta la lesión a un interés jurídicamente tutelado; la segunda considera que el daño se puede entender como una consecuencia económica negativa, resultado inmediato y directo del incumplimiento. En su tercera acepción, el daño consiste en la cuantificación pecuniaria de la consecuencia económica negativa".

¹⁴ Podcast No. 100 transmitido en el programa "Derecho a la Carta" el 01 de Abril de 2014, en la Universidad Externado de Colombia. http://www.spreaker.com/show/derecho_a_la_carta.

iniciativa legal el trámite legislativo que le era exigible, lo que lo pone en un plano de ilicitud e ilegitimidad.

Esta circunstancia se traduce en un quebrantamiento cierto y real en el patrimonio de los afectados -fácilmente cuantificable- quienes experimentaron una disminución en su poder adquisitivo¹⁵, que devino por la fijación unilateral del precio de los combustibles por encima del precio internacional que debía regir, sin tener en cuenta las condiciones reales del mercado que debieron guiarse de manera exclusiva por la ley de la oferta y la demanda, como ocurre con los demás bienes y servicios, sino hubiera existido la norma, o se hubiera acatado los mandatos constitucionales en ese sentido como se ha venido explicando, y por el resultado del ejercicio de una facultad administrativa claramente inconstitucional, contenida en el Decreto 4939 de 2008 que fue retirado parcialmente del ordenamiento jurídico.

No hay que perder de vista que los combustibles son quizás los bienes con más cargas fiscales dentro del sistema tributario del país cercano a un 36%, y hay que tener presente además que los consumidores y usuarios protegidos constitucionalmente en el artículo 78 superior, NUNCA han podido verse beneficiados por las condiciones favorables del mercado de los combustibles más aún cuando tenemos la calidad de productores y el recurso no renovable emana del territorio nacional, pues sólo a título de ejemplo cuando el barril del petróleo llegó a estar a finales del año 2008 a escasos 34 dólares, el Gobierno se ideó y profirió justamente el Decreto 4839 de 2008 varias veces citado, bajo el argumento del señor ex presidente Álvaro Uribe Vélez consistente en: "*es tiempo de ahorrar*", surgiendo la idea de fijar unilateralmente el precio de los combustibles, e intervenir la economía vía decreto y no por mandado legal como lo exige el artículo 150 y 334 de la Constitución Nacional, y posteriormente se profirió el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 vulnerándose al artículo 338 de la Constitución Política, el cual fue igualmente declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2013, donde se advirtió:

"De acuerdo con el literal acusado, una de las fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles será la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia -precio interno de los combustibles- cuando éste último sea mayor que aquel. Un

¹⁵ <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra581.pdf>. "*precios de los combustibles e inflación*".

elemento indispensable del análisis de constitucionalidad es que el precio de referencia es fijado por el Ministerio de Minas y Energía, sin que existan parámetros de rango legal que determinen los criterios que debe seguir el Ministerio al realizar dicha tarea. En criterio de los accionantes esta forma de recaudo constituye un tributo, de manera que si la ley no determina sus elementos esenciales se desconoce la exigencia del artículo 338 de la Constitución. Para la Sala la forma de recaudo prevista por el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 constituye una contribución parafiscal, por cuanto la obligación impuesta tiene como fundamento el poder de imperio del Estado; está dirigida a un sector económico determinado; sus beneficios los recibe el mismo sector económico del cual se recaudan los fondos; dichos recursos tienen naturaleza pública; son administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y, finalmente, éstos no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación. No obstante su carácter de contribución parafiscal, y por consiguiente su naturaleza tributaria, no fueron normas de rango legal las que establecieron los sujetos pasivos de la misma. Ni los elementos que conforman su base gravable: el precio de paridad internacional y el precio de referencia –precio interno- de los combustibles son establecidos en normas de rango infra legal. Finalmente, la indeterminación en la base gravable tiene como consecuencia, además, la ausencia total de parámetros de rango legal para establecer la tarifa del tributo regulado en el literal acusado. Son estas las razones que llevan a la Sala Plena a considerar que el literal C) de la ley 1450 de 2011 debe ser declarado inexecutable”.

Es decir, de acuerdo a las anteriores políticas públicas llevadas a cabo por diferentes Gobiernos, el consumidor de los combustibles “con cara pierde y con sello gana la Administración”, en el entendido que cuando la cotización del barril de petróleo registra un alza en el mercado internacional, el consumidor colombiano debe asumir directamente tal circunstancia pecuniaria, pero, cuando sucede lo contrario y el barril del petróleo presenta bajas ostensibles en su cotización se le obliga al mismo consumidor, a ahorro en un fondo que no fue creado de conformidad a la Constitución Nacional.

Y que no se venga a decir ahora, que el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FECF siempre ha estado en déficit y que jamás recibió una sola contribución por parte de los consumidores de combustibles, queriéndose desvirtuar el daño ocasionado al grupo representado, argumento totalmente falaz y contrario a toda evidencia fáctica por dos situaciones: (i) porque es totalmente falso que el FECF no ha recibido dineros, de los contribuyentes de la contribución parafiscal que creó el Decreto 4839 de 2008, si se tiene presente que el precio interno fijado por el Gobierno Nacional gracias a la mencionada norma, siempre estuvo por encima superficialmente del mercado internacional, y esa diferencia fue ahorrada en dicho fondo como se puede advertir, y (ii) porque en la eventualidad que existiese un déficit en el FECF, este no es imputable a las víctimas y fue ocasionado por un gasto no permitido por parte de la Administración en causas diferentes a las permitidas en la ley, por ende, con esta afirmación no se desvirtúa el daño y mucho menos está exonerada la parte demandada del deber de reparar al grupo afectado.

Situaciones que han generado gran preocupación por parte de la Contraloría General de la República¹⁶, la Procuraduría General de la Nación¹⁷ e incluso el Banco de la República¹⁸ por temor a los efectos inflacionarios, quienes han estado en defensa de la rebaja de precios en los combustibles, guiados por la ley de la oferta y la demanda tomando como referencia el Golfo de México¹⁹.

¹⁶ Consideraciones que coinciden con las manifestadas por el señor Contralor Nacional Julio Cesar Turbay Quintero, como representante de los órganos de control por la naturaleza del asunto, toda vez que en sus propias palabras esgrimió: "La norma (Ley 1151 de 2007) señala exclusivamente que las fuentes de financiamiento del fondo serían parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Faep y el presupuesto nacional, y el decreto en mención (el 4839 de 2008) está incluyendo una nueva fuente de financiación no considerada en la Ley". Diario el Tiempo edición del día jueves 2 de abril del año 2009.

¹⁷ El jefe del ministerio público a través de sus delegados sustentó con estadísticas las disparidades existentes para la fijación de los precios de los combustibles en Colombia. "Las estadísticas internacionales evidencian que la gasolina en la costa del Golfo de Estados Unidos registró (al pasado 6 de octubre) un precio por galón equivalente a \$6.370,95 pesos, incluyendo impuestos, mientras que el galón de gasolina en la ciudad de Bogotá cuesta \$8.535,54 pesos, es decir, es superior en cerca de un 34% al precio de referencia de los Estados Unidos". La procuradora delegada citó indicadores que confirman las disparidades entre las condiciones económicas de los dos países como el Ingreso Nacional Bruto per cápita, que en Colombia es de US\$5.510, mientras que Estados Unidos es de US\$47.240, aproximadamente 8,5 veces el de Colombia". <http://www.caracol.com.co/noticias/economia/procuraduria-pide-aminimas-que-aclare-formula-para-determinar-precio-de-loscombustibles/20111101/nota/1571253>. Consultada el día 18 de enero de 2016.

¹⁸ <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra581.pdf>. "precios de los combustibles e inflación".

¹⁹ Además de las infinitas consideraciones por parte de otros expertos en la materia, como es el caso del ex-ministro de Hacienda Juan Camilo Restrepo, hoy Ministro de Agricultura, quien manifestó: "Se permitía (Artículos 69 y 131 de la Ley 1151 de 2007) que los recursos que tenía ahorrados Ecopetrol en el antiguo Fondo de estabilización Petrolera (Faep) se utilizaran para constituir el nuevo Fecp. Por eso, el Artículo 69 de la Ley del Plan de Desarrollo dijo expresamente que "los recursos para la constitución de este fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A.". Pero la Ley del Plan no autorizaba nada más. Y mucho menos preveía la imposición de un ahorro forzoso gigantesco a cargo de los consumidores de gasolina. Por el contrario, contemplaba la desaparición definitiva de

La intensidad del daño se determina con la información oficial que reposa en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Minas y Energía, quienes recibieron fijaron la contribución y recibieron los recursos públicos provenientes de los refinadores, producto de la diferencia negativa que existió coincidentalmente durante cerca de 36 meses, entre el precio interno o de referencia fijado por el Ministerio de Minas y Energía vía acto administrativo –posición neta trimestral- y el internacional, que últimas, constituye el valor del daño antijurídico que tuvo que padecer injustamente la colectividad, y que extraña y sospechosamente se resisten a certificarla documentalmente.

Daños que se erigen como ilegítimos al ser contrarios al ordenamiento jurídico superior representado por la Constitución Nacional como expresamente lo consagró la Sección Cuarta del Consejo de Estado y Corte Constitucional en múltiples sentencias y particularmente en las sentencias C-621 de 2013 y C-726 de 2015, pues se insiste, las normas constitucionales ignoradas por los demandados son diáfanas sobre la ineludible obligación de respetar los principios y las reglas en materia fiscal, para crear una contribución propia del universo de los tributos.

4.2.2 Nexo causal.

Siendo éste un elemento estructural de una importancia mayúscula en el derecho contemporáneo, para atribuir una responsabilidad fáctica y jurídica al autor o autores de una o varias conductas.

Entendido el nexo causal, como el vínculo material o jurídico existente entre la conducta desplegada u omitida y el resultado obtenido, el mismo que tiene que repercutir de manera directa en los derechos subjetivos tutelados, para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho resultado²⁰.

Para otros sectores doctrinales y dogmáticos basta con hacer una supresión mental e hipotética de la conducta endilgada como dañosa en cabeza del demandado, para darse cuenta del llamado nexo de causalidad y su existencia, esto a luz de la

la política de subsidios a los combustibles". Diario Portafolio artículo titulado "el aguinaldo navideño" edición de día 13 de enero de 2009.

²⁰ RODRIGO R., Libardo; Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, pág. 371, 1995, Editorial Leyer, Bogotá 2003.

llamada teoría *coditio sine qua non* o *sublata causa tollitur effectus*.

Desde una perspectiva meramente Hegeliana o naturalista la omisión o acción emprendida de manera esperada por los demandados, debe repercutir en el mundo exterior y debe ser de fácil percepción por los sentidos, el derecho como ciencia social acepta esta teoría para apoyar las consecuencias jurídicas reprochables, en otros términos es lo que se conoce como atribubilidad material o "*imputatio facti u objetiva*".

De suerte que, al hacer una supresión hipotética e imaginaria, en la cual, por un lado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO no hubiesen expedido los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, y a su vez, no hubiesen dado aplicación a sus competencias derivadas de este acto general para crear y recaudar el tributo gravado a los combustibles, antes y después de haberse proferido la sentencia del 09 de marzo de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que retiró del ordenamiento jurídico tal precepto normativo, para la creación de la contribución parafiscal -a la postre declarada nula- tendríamos como resultado lógico un cobro constitucional de la contribución parafiscal tendiente a ser fuente de financiación del Fondo de Precios de los Combustibles -FEPC. Lo anterior significa que no existiría el daño reclamado consistente en el cobro inconstitucional de la contribución parafiscal señalada, que repercutió gravemente en las finanzas de millones de colombianos.

Téngase presente, que el hecho dañino proviene de los demandados por la ausencia en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, legales, reglamentarias, lo que conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (Von Buri) y de la causa provocación, como quedó atrás demostrado, debe responder también los demandados, bajo el elemental raciocinio de causa y efecto.

4.2.3 Título de imputación.

Pese a que en un primer momento nuestra jurisdicción contenciosa era renuente a establecer la falla del servicio como título de imputación valido para estructurar la responsabilidad estatal por los daños antijurídicos causados por el hecho del legislador²¹, sin duda alguna podemos afirmar que no existe

²¹ Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 1990. Expediente No. 5396. C.P. Julio César Uribe Acosta.

argumento suficientemente coherente para sustentar, en nuestro modelo estatal actual, la imposibilidad del órgano legislativo de cometer falla en el servicio.

Pese a la veleidad de la jurisprudencia especializada, hoy en día es clara la posición del honorable Consejo de Estado que respecto de la responsabilidad del estado legislador ha consagrado la posibilidad de aplicar el título de imputación referente a la falla del servicio. Tan certera fue su posición que avaló en un caso concreto como título de imputación la falla del servicio del Congreso de la Republica y condenó al Estado a un resarcimiento económico producto de los cobros realizados con ocasión de la emisión de una ley declarada posteriormente inexecutable. Hacemos referencia a la sentencia de 26 de marzo de 2014²², con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, quien respecto de este tema estableció lo siguiente:

“Esta línea de pensamiento ofrece los mismos reparos hechos al fallo del 18 de octubre de 1990, pues aunque la Corte fije los efectos del fallo, nada obsta para que el ciudadano pueda solicitar la reparación del daño ante el juez administrativo, no a título de restitución, sino de reparación. Sin duda alguna, la expedición de una norma que luego es declarada inexecutable, cualquiera sea su rango, constituye una falla en el servicio que genera un daño antijurídico, idea que será ampliada más adelante.

[...]

Con fundamento en los pronunciamientos traídos a colación, que proveen una visión general de la forma como se ha tratado el tema en la doctrina, el derecho comparado y nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, se tiene que el Estado podría responder por los daños causados en el ejercicio de su competencia reguladora, bien sea cuando éstos se deriven de la expedición de una norma ajustada al ordenamiento superior, siempre y cuando quien lo padece no tenía en principio por qué sufrirlos; o todo lo contrario, cuando se origine en una disposición que es declarada nula o inexecutable según el caso, advirtiendo que en el primer evento, el daño será imputable a título de daño especial y en el segundo, de falla en el servicio. Como bien puede

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2da instancia de fecha 26 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28.741). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

verse y ya se puso de manifiesto ab initio, no han sido uniformes los pronunciamientos en torno al tema, especialmente cuando del régimen de falla se trata, pues ningún tropiezo se ha presentado - al menos en Colombia - en relación a declarar la responsabilidad a título de daño especial."

Ese mismo Tribunal se ha pronunciado de manera concreta en la responsabilidad extracontractual en sede de acción de grupo, derivada de la anulación de un acto administrativo general que estableció el cobro de un tributo inconstitucional o ilegal a los administrados, entre muchas otras providencias, en la sentencia de la Sección Tercera del 16 de agosto de 2007, Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00832-01 (AG), donde se acotó el tema así:

"ACTO ADMINISTRATIVO ILEGAL - Acción de grupo / ACCION DE GRUPO - Acto administrativo declarado nulo

Las anteriores consideraciones son aplicables a la procedencia de la acción de grupo cuando se demanda la reparación del daño causado por un acto administrativo declarado nulo. En efecto, el inciso segundo de los artículos tercero y 46 de la ley 472 de 1998 señalan que ésta "se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de una indemnización de los perjuicios". En efecto se demanda por el daño antijurídico causado por un acto declarado ilegal, lo que sin duda puede llegar a configurar una falla del servicio por parte de la administración. Por lo tanto, no es de recibo, respecto de este punto, la improcedencia de la acción considerada en la sentencia apelada. Nota de Relatoría: Ver auto del 15 de mayo de 2003, expediente: 23205, Actor: Sociedad Cigarrería Playa Ltda.; auto de agosto 24 de 1998. Expediente número 13685; sentencia del cinco de julio de 2006, expediente: 21.051, actor: Municipio de Puerto Boyacá.

ACTO ADMINISTRATIVO - Servicios públicos. Efectos de la nulidad / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Acto administrativo. Efectos de la nulidad / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS PUBLICOS - Efectos / IMPUESTO - Declarado ilegal. Acción de grupo / DEVOLUCION DE IMPUESTO - Declarado ilegal /

**IMPUESTO - Devolución. Declaratoria de ilegalidad /
RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR -
Impuesto declarado ilegal**

Sin embargo la Corte Constitucional en sentencia C-066/97, de 11 de febrero de 1997, al considerar la exequibilidad del artículo 38 de la ley 142 de 1994, en el que se establece que los efectos de la nulidad de actos administrativos, relacionados con servicios públicos domiciliarios, "solo producirá efectos hacía el futuro", determinó que éstos no comprendían la indemnización de perjuicios. Sin duda, el supuesto considerado en la sentencia citada corresponde al del presente caso, solo resta repetir lo dicho por la Sala, en varias oportunidades, en cuanto a que la responsabilidad patrimonial del Estado, establecida en el artículo 90 de la Constitución Política no establece ninguna excepción respecto de la actuación de alguna autoridad pública. Además, la no devolución de lo pagado por un impuesto declarado ilegal, configuraría para la administración un enriquecimiento de la misma naturaleza. En todo caso, se ha ordenado la devolución de impuestos por la inexecuibilidad de la norma que lo fundamentaba, en la sentencia C-038 de 2006, que trata de la posibilidad de demandar en reparación directa por el hecho del legislador. Nota de Relatoría: Ver sentencia del siete de mayo de 1984, expediente 6.665, actor Pedro Silvio Pulido Quinto; sentencia del cuatro de septiembre de 1997, radicación: 10.285, actor: Efraín Campo Trujillo; sentencia C-038 de 2006".

Como queda claro de la lectura de la reciente jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, cuando el presupuesto fáctico es la existencia de perjuicio originado en una Ley declarada inconstitucional o de un acto general anulado, el título de imputación es la falla en el servicio.

Como se anticipara, la falla en el servicio se constituye cuando el agente estatal (poder ejecutivo) vulnera una norma jurídica que le imponía tal o cual deber. Como queda claro de la disertación ya planteada, y a manera de premisa argumentativa: es deber del poder ejecutivo expedir decreto reglamentarios constitucionales y legales, sea por razones de forma o de fondo. Esto no puede ser objeto de duda por parte del operador jurídico. La Constitución, en el presente caso, es la norma jurídica que impone el contenido obligatorio al cual

debía obedecer los ministerios demandados; en ella se consagraron por lo menos dos postulados que así podrían suponer la existencia de la obligación aludida: por un lado el mandato general a todos los habitantes de la república – administración pública y ciudadanos- del artículo 4, y por otro el contenido en los artículos 150 y 338 referentes al principio de legalidad en materia tributaria.

La falla del servicio se refiere en concreto a la expedición de un decreto ilegal e inconstitucional. Allí se manifiesta el defectuoso servicio reglamentador y administrativo que originó la vigencia y posterior cobro (daño) de contribuciones parafiscales contrarias a derecho.

Este extremo procesal adhiere a la posición del doctor Juan Carlos Henao, que a propósito de la definición de falla del servicio indica que se trata de la vulneración de un contenido obligacional a cargo del Estado; en el presente caso, no se trata de la violación de una Ley, un simple reglamento o de un acto administrativo cualquiera, se trata del incumplimiento de una obligación nacida en nuestra carta política directamente, que impone tanto al estado como a sus asociados el respeto a la Constitución Política :

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

El anterior imperativo no puede ser tomado tan solo como un mandato de optimización. Se trata de una norma polivalente que no solo irradia como principio el quehacer estatal, sino que en muchas ocasiones se constituye en una norma jurídica de directa aplicación, en una regla de insoslayable cumplimiento para sus destinatarios. Aunque no sea expresa la referencia al Congreso de la República, ¿Quién más sino es nuestro órgano legislativo quien tiene el deber primario de acatar el texto constitucional? Cuando dice el artículo 4 que la Constitución es norma de normas, implícitamente conlleva una directriz jerárquica que supedita a cualquier norma de nuestro ordenamiento jurídico al respeto y no contradicción con el texto constitucional, por lo que es necesario y lógico concluir que cualquier creador de normas jurídicas en nuestro sistema estatal, está llamado a dar aplicación irrestricta al postulado del artículo 4.

Por otro lado –no menos importante-, las demandadas incurrir en falla del servicio al infringir el contenido obligacional de los

artículos 150 y 338 de la Constitución Política relativos al principio de reserva de ley en materia tributaria.

La comprobación de su vulneración es la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la simple verificación de la declaratoria judicial de nulidad del acto, nos permite corroborar en efecto la falla acaecida.

La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800, que anuló los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 –sobre el que descansa la solicitud de reparación–, por comprobarse que este acto administrativo de carácter general desconoció el principio de legalidad en materia tributaria contenido en los artículos 150 y 338 de la Carta Fundamental, concluyó sobre el particular:

“De las consideraciones de la Corte Constitucional que fueron trascritas resulta pertinente resaltar lo atinente a que los giros efectuados por los refinadores e importadores con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles son un tributo, concretamente una contribución parafiscal.

En esa medida, la Sala considera que el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 deben ser anulados por violar los artículos 338 y 150 (numeral 12) de la Constitución Política, pues, como se explicó, establecieron una carga fiscal que, como tal, debía ser fijada por el legislador, en acatamiento del principio de legalidad, y no por Gobierno Nacional, como en efecto se hizo mediante el reglamento demandado”.

De haber cumplido las entidades demandadas con las obligaciones impuestas por el ordenamiento superior, el decreto no hubiese sido anulado, y por consiguiente no estaríamos hablando de una falla en el servicio; sin embargo, es claro que durante la vigencia del decreto 4839 de 2008 claramente inconstitucional se generaron daños antijurídicos al grupo afectado, ante lo cual está obligado el Estado a indemnizar de conformidad los daños de tipo material e inmaterial.

4.2.4 de los efectos de la sentencia del 09 de marzo de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, frente a los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual y

patrimonial del Estado por los daño irrogados al grupo representado.

Es prudente aclarar, que hace un tiempo, hizo curso la otrora jurisprudencia en la cual se establecía que se podía demandar la responsabilidad civil extracontractual del Estado con ocasión de los daños infringidos como consecuencia de la aplicación de una ley declarada inexecutable o acto administrativo anulado, siempre y cuando la Corte Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad o de anulación del Consejo de Estado respectiva hiciera expresa referencia a que la misma tenía efectos retroactivos, esto es, *ex tunc*, pues de no hacerlo, los daños ocasionados con anterioridad a la sentencia no eran antijurídicos²³, y solo eran resarcibles los daños futuros, que pudiere ocasionar la norma en cuestión.

El anterior malogrado argumento –a modo analógico- se basaba en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia) según el cual las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que retiran una ley o acto administrativo del ordenamiento jurídico tenían sólo efectos *ex nunc*, hacia el futuro, a menos que la misma Corporación contemplara efectos retroactivos de su providencia. De allí que los hechos ocurridos con antelación a la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o anulación de un acto eran situaciones jurídicamente consolidadas intangibles, como se indica en su contenido:

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

Afortunadamente en sentencia, que puede ser considerada hito jurisprudencial de la materia en Colombia, el Consejero ponente Enrique Gil Botero expone (reforzando una línea jurisprudencial nacida con la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23245, M.P. Alier E. Hernández Enríquez ²⁴) sus argumento, desintegrando el dicho jurisprudencial anterior, haciendo una diferenciación bien importante. Dice el aludido magistrado y la sala por el presidida:

²³ Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente No. 20945. C.P. Alier Eduardo Hernández.

²⁴En este caso se estudió la responsabilidad civil extracontractual del estado por los daños causados por acto administrativo general. Aunque el análisis no era referente a la Ley, es análogo por tratase de leyes y facultad creadora de normas en sentido material.

“Sobre el particular, considera la Sala que pese a ser ello cierto, no obsta para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de la situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra muy diferente, es el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación; se trata de situaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí. De ello se sigue una consecuencia lógica, y es que el daño no es imputable a quien ejecutó la ley, sino a quien la creó²⁵.”

Ulteriormente la misma Sección Tercera en sentencia del 11 de junio de 2014, radicación número: 25000-23-26-000-2003-01185-01(26702) volvió a enfatizar dicha tesis:

“Los razonamientos que llevaron a la Sala a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en el fallo que se acaba de transcribir resultan perfectamente aplicables al caso que se examina en esta oportunidad; las líneas generales de dicha postura jurisprudencial pueden resumirse en los siguientes puntos: i) Ninguna autoridad o sus actuaciones escapan a los postulados del artículo 90 de la Constitución Política, es decir al estudio que deba realizarse en cada caso concreto acerca de si la conducta –activa u omisiva– de las autoridades públicas pudo haber causado un daño antijurídico que les resulte imputable; ii) La eventual modulación de los fallos de nulidad o de inexequibilidad en nada puede afectar o incidir en la declaratoria de responsabilidad de la entidad emisora de la norma de carácter general que a la postre resulta contraria a mandatos superiores, legales y/o constitucionales, según corresponda; iii) Los ciudadanos no se encuentran en el deber de soportar la carga que les impone un conjunto normativo que ha debido ser expulsado del ordenamiento jurídico, razón por la cual se entiende configurado un daño antijurídico; iv) Considerar que el deber de cumplir las obligaciones impuestas por normas que posteriormente resultan declaradas ilegales o inconstitucionales constituye una carga que los

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2da instancia de fecha 26 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28.741). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

ciudadanos están en el deber de soportar, comportaría "enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias —o cuestionar su conformidad a Derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide—, que atenderlas cabalmente"; y, v) El régimen de responsabilidad aplicable para este tipo de eventos lo constituye la falla del servicio, imputable a la autoridad emisora de la disposición normativa de carácter general que haya sido objeto de expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la autoridad judicial competente".

Evidencia el Alto Tribunal el error de interpretación en que se incurrió en el pasado sobre el artículo 45 de la LEAJ, pues las situaciones jurídicamente consolidadas deben respetarse (verbigracia: el recaudo realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público), pero el deber de indemnizar se mantiene incólume, pues lo que se proscribe no es la posibilidad de lograr una declaración resarcitoria, sino la de solicitar una declaración en la que se ordene el reembolso de lo pagado en vigencia de la norma; situaciones que como manifiesta el Consejo de Estado, son totalmente independientes.

En el sentido argumentativo, lo hizo ver la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006, cuando enfatizó sobre la facultad excepcional de la reparación de perjuicios a partir posibles efectos retroactivos de una sentencia de constitucionalidad:

"PERJUICIO PATRIMONIAL POR LEYES INCONSTITUCIONALES-Resarcimiento excepcional a través de sentencia de inexecutable con efectos retroactivos

Si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias. Sin duda el caso más conocido es el

de la sentencia C-149 de 1993, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la "justicia querida por el Constituyente" era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco. Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutableidad tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución".

De esta manera solicito cordialmente a los Honorables Magistrados (as) no dejarse arrebatar su criterio de argumentos nimios, ya superados y sobre los cuales –es de esperarse- habrán de pronunciarse los demandados, de lo contrario, nos impone pensar la situación planteada, que existen situaciones contrarias a la Constitución Nacional, merecedoras de protección y carentes de resarcimiento, pese a ser antijurídicas en los términos del artículo 90 Superior.

Nótese de todas formas, que la presente acción de grupo indemnizatoria que pretende la reparación integral del daño ocasionado durante: la vigencia del decreto como acto administrativo inconstitucional e ilegal (Decreto 4839 de 2008), por cuenta de un tributo que fue cobrado sobre los combustibles a todos los administrados causando graves consecuencias monetarias sobre estos, siendo un daño comprobado y serio. Afirmación que se comprueba, si se tiene en cuenta que el precio de referencia que es cobrado en el mercado nacional a los consumidores, no coincide con el precio del mercado internacional o de paridad, el cual debía regir luego de haberse declarado inexecutable la contribución parafiscal que permitía un ahorro por encima del precio

realidad establecido en el mercado, a través de la ley natural de la oferta y la demanda. Diferencia que representa cerca de \$ 1.800 pesos m/cte por galón entre ambos mercados, que es impuesta al grupo de afectados, y que integra irregularmente en la actualidad el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC.

V. INTEGRACIÓN DEL GRUPO AFECTADO / CRITERIOS PARA SU IDENTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta que no se requieren hacer mayores elucubraciones para concluir que la presente acción se ejerce para lograr la indemnización de un grupo²⁶ superior de 20 personas como directas afectadas tal como lo exige el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, estando identificados los perjudicados que son los millones de consumidores de los combustibles, más no individualizados en esta altura procesal, solicito respetuosamente que una vez sea admitida la demanda, se tenga la existencia de un grupo heterogéneo de afectados abierto (frente a las víctimas que se verán beneficiadas de las indemnizaciones pecuniarias restitutorias planteadas en las pretensiones) y cerrado (respecto de los ciudadanos que logren demostrar con medios de prueba idóneos, el daño y la intensidad del mismo por las causas que fundamentan la presente acción de grupo).

En aras de demostrar el cumplimiento de los deberes por parte de la parte demandante, en el sentido de ofrecer criterios que permitan identificar el grupo de afectados, nos permitimos exhibir los siguientes:

1er criterio: destinatarios de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008. Espacialidad.

Teniendo en cuenta que el Decreto 4839 de 2008, es un decreto de carácter general oponible y vinculante a todos los administrados, forzosamente nos conlleva a concluir que es un

²⁶ Sobre este tema se dijo en la discusión de la Asamblea Nacional Constituyente: "La propuesta original de la subcomisión que estudió el tema fue la de hacer un artículo muy sucinto que enunciara los principales derechos de los consumidores que han sido materia de convenios internacionales en esta materia, como son los derechos a la información veraz y completa, los derechos a la defensa, a que no haya atentados contra la salud y la seguridad de los ciudadanos e los artículos, bienes y servicios que se ponen a su disposición en el mercado, los derechos a la representación, y otra serie de derechos como la capacidad de indemnización del daño colectivo, a través de los cuales una acción ante los tribunales podría condenar a un determinado productor o suministrador de bienes o servicios por un daño colectivo que él infringió [a] un gran número de personas de manera similar y que de ninguna manera se justificaría que fueran objeto de acciones jurídicas independientes, porque no habría la posibilidad de que cada uno de los consumidores afectados llevara a cabo por su cuenta ese tipo de acción, por eso la acción de clase o la acción de grupo de manera muy preferencial se aplica a estos casos, en donde el daño colectivo es suficientemente grande como para que pueda ser tramitado a través de una acción judicial, y una vez establecido se siga de allí la indemnización a cada uno de los afectados." Ponencia sobre los derechos colectivos; ponentes: Guillermo Perry, Iván Marulanda, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero. Gaceta Constitucional N° 46, p.22. Sesión plenaria del 10 de junio de 1991 (0610) pp. 2-3.

acto administrativo general, abstracto e impersonal, aplicable a todos los 49.517.977²⁷ de nacionales y extranjeros residentes en Colombia²⁸, cuya obligatoriedad es inobjetable.

Lo anterior es así, si se tiene en cuenta que a pesar que el destinatario primigenio del acto demandado en comentó y de sus posteriores reglamentaciones adicionales era el refinador de petróleo, realmente quien debía asumir el pago de la contribución parafiscal posteriormente declarada inconstitucional era el consumidor final de los combustibles, sean personas naturales o jurídicas.

Con este primer criterio podemos concluir que todo colombiano o extranjero residente en Colombia -depositarios del deber de acatar los imperativos de las leyes y actos generales como un decreto, en este caso de una orden²⁹- quienes durante la vigencia del decreto 4839 de 2008 del 24 de diciembre de 2008 a septiembre de 2011 –como el último mes donde se fijó la posición neta trimestral-, son parte del grupo de víctimas directas del daño acaecido y descrito en la demanda.

2do criterio: vigencia de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008. Temporalidad.

Según la mecánica de nuestro ordenamiento jurídico, un Decreto Nacional tiene plenos efectos después de su vigencia, y esta se da, una vez este se haya publicado. Lo anterior quiere decir, que los efectos contemplados en los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, tuvieron como tiempo de inicio el día 24 de diciembre de 2008 fecha en la cual fue publicado el decreto con su inserción en el diario oficial, hasta el mes de septiembre de 2011, una vez comenzó a regir el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 que reguló dicha materia sobre la contribución parafiscal de la gasolina en comento, y que más adelante igualmente fue declarada inconstitucional pero por la Corte Constitucional.

Lo anterior quiere decir que durante este período de cerca de 36 meses que duró vigente el acto administrativo general antes de haber sido anulado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, todo consumo de gasolina y diésel que estuvo inconstitucionalmente gravado con una contribución parafiscal, por lo que es necesario concluir que quien en lapso haya consumido cualquier cantidad de este tipo de combustibles

²⁷ <http://www.dane.gov.co/reloj/>.

²⁸ Artículo 18 del Código Civil Colombiano.

²⁹ Artículo 4 *Ibidem*.

(gasolina o diesel) en el territorio colombiano, son víctimas directas del actuar defectuoso del estado hoy demandado.

3er criterio: afectados directos por la existencia de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 definidos por su actividad económica. Calidad del sujeto.

Es indudable que todos los colombianos consumidores de combustible en el país de una o cualquier otra forma fuimos afectados por la imposición irregular de la contribución parafiscal que fue destinada como fuente de financiación del Fondo de Estabilización de los Precios de los Combustibles – FEPC-, producto de los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan. Sin embargo, sin desconocer la calidad de víctima de todos y cada una de los colombianos que residieron en Colombia durante el periodo de vigencia de la contribución, existen, para visibilizar el grupo con facilidad para efectos del requisito de admisión, algunas víctimas directas de más fácil identificación por su actividad económica, ineludiblemente vinculada al uso frecuente del combustible en el giro ordinario de sus negocios; me refiero a los transportadores de carga y de pasajeros de cualquier modalidad (aéreo, fluvial y terrestre) y al sector industrial de nuestra economía.

Según datos suministrados en el portal web de la Asociación Nacional de Industriales de Colombia –ANDI-³⁰, existe un sector asociado que organiza a los transportadores de pasajeros de zona urbana e intermunicipal conformado por casi 519 empresas (de las cuales el 57% son sociedades comerciales y el 43% pertenecen al sector cooperativo) que prestan este servicio. Es claro que el transporte terrestre en Colombia, sea de carga o pasajeros o el empleado por personas del común como nuestros clientes, se valen de la gasolina o del diésel para el funcionamiento de los motores de sus vehículos, lo cuales funcionan a combustión interna, claro, sólo posible en la medida que se pague el precio correspondiente al bien denominado combustible; siendo allí donde se genera el daño antijurídico reclamado por la víctima.

Como se aprecia, no más con esta sencilla proposición argumentativa se demuestra la satisfacción del requisito de la existencia de más de 20 personas afectadas por el mismo daño para legitimar el acceso a la acción grupo, en los términos de la

³⁰ <http://www.andi.com.co/cst>.

Ley 472 de 1998, y con ello, se aportan los criterios objetivos de los cuales adolecía la demanda original.

Dejando claro además, que existen suficientes elementos objetivos y confiables aportados, para individualizar y determinar los afectados dentro de la presente acción indemnizatoria como lo establece la norma especial que regula esta acción y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puntualmente la sentencia C-116 de 2008, que dijo sobre este requisito:

“De este modo, no sobra reiterar, la exigencia de que “El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas”, aun cuando es un presupuesto procesal, no es un requisito exigible para el momento de la presentación de la demanda sino para su admisión, siendo en esta instancia donde el juez debe entrar a decidir sobre la procedencia de la acción.

En ese orden de ideas, invocando el principio de conservación del derecho y la doctrina del derecho viviente, se declarará executable el inciso tercero del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, en el entendido de que para la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado, siendo ésta la interpretación que adecua la norma al Estatuto Superior”.

Aunado, a lo anterior es imperioso tener en consideración el hecho que se trata de un grupo que exhibe condiciones materiales homogéneas (la de ser consumidor de combustibles de gasolina o diesel), y frente al daño antijurídico, pues fue causado de manera uniforme por una misma fuente contraria a derecho, esto es, por la entrada en vigencia de los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 y la expedición reglamentaria adicional fijada periódicamente donde se estableció el precio de referencia a través de la contribución parafiscal -declarada inconstitucional- por parte del Ministerio de Minas y Energía, que permitió la fijación unilateral del precio de los combustibles, y con ello, la concreción del daño económico que busca ser resarcido. Cumplimiento la presente demanda la integración

del grupo de afectados, con base a los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales en ese sentido.

VI. PRUEBAS

Teniendo presente que la mayoría de los hechos que sustentan la presente demanda, son hechos notorios, de considerarlo estrictamente necesario, le solicito Honorable Magistrado (a) se practiquen las pruebas de oficio que considere conducentes, pertinentes y necesarias ³¹ para no hacer nugatorias las pretensiones de la acción constitucional incoada.

Ruego se sirva tener en cuenta las siguientes pruebas con el valor que les otorgue la ley, todas estas se predicen conducentes, pertinentes y útiles para demostrar el perjuicio causado al grupo de afectados, y su turno, para conceder las pretensiones consignadas:

DOCUMENTALES

1. Certificación proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde se abstiene de certificar el valor recaudado por concepto de la contribución parafiscal.
2. Copia de las tarjetas de propiedad del vehículo de propiedad de la señora PAULINA BLANCO BARRERA, que demuestran su condición de afectada por cuenta de la existencia de la contribución parafiscal creada en los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, anulada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.
3. Copia de la proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800.

OFICIOS

4. Solicito se oficie al Ministerio de Minas y Energía, para que allegue a la Corporación, copia de todos y cada uno de los actos administrativos en donde se fijó el precio de los combustibles, desde la entrada en vigencia del Decreto 4839 de 2008. Con sus respectivos antecedentes y soportes si existieren.
OBJETO: Prueba que tiene como finalidad demostrar la intensidad del daño reclamado y la forma como se fijaron los precios de los combustibles en el país durante el imperio de un decreto inconstitucional, y ratificar que en más de las veces, por

³¹ Sentencia de la Honorable Corte Constitucional T- 464 A de 2006 M.P Jaime Córdoba Triviño.

no decir que siempre, existe una diferencia negativa entre el precio de paridad internacional frente al precio de referencia de los combustibles fijado por esa cartera es decir estado este último por encima del primero como puntos relevantes en la discusión constitucional. En la ciudad de Bogotá en la Calle 43 No. 57 – 31 CAN. Teléfono 2200300.

5. Solicito se oficie al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Minas y Energía, para que alleguen al Despacho, un informe ejecutivo sobre el manejo de los recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC con sus respectivos soportes, donde se indique el ingreso y egreso o gasto de cada una de las fuentes que lo financian desagregado mes a mes desde la fecha de su creación. **OBJETO:** Elemento probatorio que tiene como propósito, establecer la intensidad del daño, y el manejo y las fuentes de financiación de los ingresos y egresos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC. En la ciudad de Bogotá en la Carrera 8 No. 6C-38. Teléfono 3812183.

6. Solicito se oficie a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que allegue copia autentica de la sentencia de fecha 09 de marzo de 2017, dentro del expediente No. 11001032700020090001800, con sus respectiva constancia de notificación. **OBJETO:** Prueba que tiene como finalidad demostrar la falla del servicio declarada por parte de los demandados. En la ciudad de Bogotá en el Palacio de Justicia ubicado en la Calle 12 No. 7 - 65.

VII. CUANTÍA

Como quiera que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstuvo de certificar el valor exacto del monto recaudado por concepto de la contribución parafiscal creada en los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, siendo un tema objeto de prueba, esta defensa se abstiene de determinar un valor, queriendo evitar posibles afirmaciones temerarias, carentes de fundamento.

No obstante, la estimación de la cuantía en el caso sub-examine no es necesaria para determinar el juez competente de la demanda, acorde al numeral 16 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo, que establece la competencia de los Tribunal Administrativo de primera instancia, de los asuntos: *“relativos a*

la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”.

VIII. ANEXOS

Anexo con la presente demanda: (i) copia de la demanda para el archivo del Despacho; (ii) traslado para la partes demandadas; (iii) traslado para el Ministerio Público; (iv) traslado para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; (v) copia de la demanda en medio magnético formato Word y PDF, y (vi) poderes conferidos a nuestro nombre y los documentos enunciados en el capítulo de pruebas.

XIX. COMPETENCIA

Es usted competente Honorable Magistrado (a), para conocer la presente demanda, conforme: a la naturaleza de la acción y los demandados; al lugar de la ocurrencia de los hechos y al lugar del domicilio de las partes, según lo establecido en el artículo 51 de la Ley 472 de 1998 y al numeral 16 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

XX. NOTIFICACIONES

PARTE DEMANDADA

Al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA se le puede notificar en la ciudad de Bogotá, en la Calle 43 No. 57 – 31 CAN.

Al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se le puede notificar en la ciudad de Bogotá, en la Carrera 8 No. 6C-38. Teléfono 3812183.

PARTE DEMANDANTE

El suscrito apoderado y mi representada, recibiremos notificaciones en la Secretaria de su Despacho o en la ciudad de Bogotá, en la Calle 26ª No. 13-97, oficina 1306, Edificio Bulevar Tequendama o en el correo camiloaraqueblanco@gmail.com.

Atentamente,


CAMILO ARAQUE BLANCO

C.C No. 80.074.414 de Bogotá
T.P No. 199.569 del C.S. de la J.

6.4. Subdirección de Tesorería

Radicado: 2-2016-002349

Bogotá D.C., 26 de enero de 2016 16:59

Señor
CAMILO ARAQUE BLANCO
Calle 45 No 45 -84 Apto 704 Int 5
Bogotá

Radicado entrada 1-2016-004336
No. Expediente 2424/2016/OFI

Asunto Solicitud de información sobre el valor total de los dineros que han recibido el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC

Respetado Señor Araque:

En atención al oficio No 1-2016-004336 radicado el 21 de enero de 2016 en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en donde solicita información sobre el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles – FEPC, respondemos a continuación los interrogantes que son competencia de éste Ministerio:

“1.1. Total de ingresos desde la entrada en vigencia del Decreto 4839 de 2008 hasta la fecha”

De acuerdo con la información reportada por el Ministerio de Minas y Energía – Dirección de Hidrocarburos, la tabla siguiente muestra la posición neta del FEPC desde la vigencia del Decreto 4839 de 2008 hasta la última información reportada por dicho Ministerio.

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711
Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
www.minhacienda.gov.co

Continuación oficio

POSICIÓN NETA TRIMESTRAL DEL FEPC

Cifras en Millones de pesos

TRIMESTRE	POSICIÓN NETA TRIMESTRAL
Trimestre I 2009	426.831,4
Trimestre II 2009	13.042
Trimestre III 2009	(42.319)
Trimestre IV 2009	(218.847)
Trimestre I 2010	(338.945)
Trimestre II 2010	(289.913)
Trimestre III 2010	75.300
Trimestre IV 2010	(115.960)
Trimestre I 2011	(550.822)
Trimestre II 2011	(647.719)
Trimestre III 2011	(481.344)
Trimestre IV 2011	(573.420)
Trimestre I 2012	(353.685)
Trimestre II 2012	(128.090)
Trimestre III 2012	(217.518)
Trimestre IV 2012	(107.126)
Trimestre I 2013	(209.471)
Trimestre II 2013	(102.540)
Trimestre III 2013	(361.665)
Trimestre IV 2013	(272.800)
Trimestre I 2014	(432.963)
Trimestre II 2014	(330.373)
TOTAL	(5.260.345)

*Desde Julio de 2014 hasta la fecha no se cuenta con las liquidaciones mediante Resolución del MME

"1.2. Total de ingresos desde la entrada en vigencia del Decreto 4839 de 2008 hasta la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011."

Corresponde a la misma información reflejada en el numeral 1.1 en donde los ingresos por diferencial de participación correspondieron a los trimestres I y II de 2009 y al trimestre III de 2010

"1.3. Total de ingresos desde la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 hasta la notificación de la sentencia C-621 de 2013."

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711
Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
www.minhacienda.gov.co

Continuación oficio

Desde la vigencia de la Ley 1450 de 2011 hasta la notificación de la sentencia el fondo no percibió ningún ingreso por cuenta de la diferencia que se origina entre el precio de referencia y el precio de paridad internacional.

"1.4. Total de ingresos desde la notificación de la sentencia C-621 de 2013 hasta la entrada en vigencia de la ley 1739 de 2014."

Desde la notificación de la sentencia hasta el inicio de la vigencia de la Ley 1739 de 2014, el fondo no recibió ningún ingreso por concepto de diferencial de participación.

"1.5. Total de ingresos desde la notificación de la sentencia C-726 de 2015 hasta la fecha."

Desde la notificación de la sentencia hasta la fecha, el fondo no ha percibido ningún ingreso producto de la diferencia que se origina entre el precio de referencia y el precio de paridad internacional

"2. Se certifique cómo esta cartera le dio cumplimiento a la sentencia C-621 de 2013 y C-726 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional, y qué impacto fiscal -con cifras- tuvo sobre el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles-FEPC."

En cumplimiento de la sentencia C-621 de 2013, el FEPC no percibió ningún ingreso producto del diferencial de participación declarado inexecutable por la Corte Constitucional, como se puede evidenciar en las respuestas de los numerales anteriores. Igualmente, desde la fecha de expedición de la Sentencia se procedió a ajustar la reglamentación del FEPC, mediante la expedición del Decreto 1067 de 2014 con el fin de modificar las disposiciones del Decreto 2713 de 2012. Específicamente, el artículo 3 del Decreto 1067 de 2014, establece:

"Artículo 3. Recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles-FEPC. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, los recursos necesarios para el funcionamiento del FEPC provendrán de las siguientes fuentes: recursos necesarios para el funcionamiento del FEPC provendrán de las siguientes fuentes: a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo; b) Los recursos de crédito que de manera extraordinaria reciba del Tesoro; c) Los recursos del Presupuesto General de la Nación que se destinen para el efecto"

En cumplimiento de la sentencia C-726 de 2015, el FEPC no percibió ningún ingreso producto de la contribución parafiscal diferencial de participación creada mediante la Ley 1739 de 2014 declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711
Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
www.minhacienda.gov.co

Continuación oficio

En relación con el impacto, en cifras, que tuvo sobre el FEPC, la expedición de la Sentencia C-621 de 2013 y C-726 de 2015 no generó impacto adicional al que venía presentando su situación deficitaria, que a corte del segundo trimestre de 2014 (fecha de la última resolución reportada por el Ministerio de Minas y Energía) alcanzó un valor acumulado por diferenciales de precios de \$5.2 billones.

"3. Se certifique si los dineros que integran el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles- FEPC-, han sido destinados para causas diferentes a las contempladas en la Ley 1151 de 2007, 1450 de 2011 y 1739 de 2014, tendientes a mitigar el impacto de la fluctuación de los precios internacionales de los combustibles en el mercado interno, en caso de ser positiva la respuesta, se indique: el motivo, el valor de la operación con fecha, y porcentaje que representó para el total de ingresos de esta fuente de financiación"

De acuerdo a la información que reposa en la Subdirección de Tesorería de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, el FEPC no ha realizado giros distintos a los establecidos en la Ley 1151 de 2007, 1450 de 2011 y 1739 de 2014

De esta manera dejamos atendido el objeto de su petición,

Atentamente,

MOISES ARTURO RAMOS RAMOS
Subdirector de Tesorería (E)

APROBÓ: Claudia Marcela Martínez
ELABORÓ: Ángela Rodríguez

Firmado digitalmente por: MOISES RAMOS RAMOS

Asesor

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711
Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
www.minhacienda.gov.co



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 110010327000200900018-00
110010324000200900362-00(Acumulado)
Número interno: 17649 - 22115
Asunto: Acción de nulidad contra el Decreto 4839 de 2008,
expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito
Público y de Minas y Energía
Demandantes: Camilo Araque Blanco y Corporación de Dominio
Público
Demandado: La Nación – Ministerio de Minas y Energía y
Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto: Financiación del Fondo de Estabilización de Precios
de los Combustibles

F A L L O

La Sala decide las demandas que en única instancia interpusieron la Corporación de Dominio Público y el ciudadano Camilo Araque Blanco contra el Decreto 4839 de 2008, «*por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones*», expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Las demandas

1.1.1. Demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco (Expediente 17649)

En ejercicio de la acción pública de nulidad [artículo 84 del CCA], el ciudadano Camilo Araque Blanco formuló las siguientes pretensiones:

1. *Que son nulos los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2009, por medio del cual se reglamentó el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, acto que debía tener como único propósito enmarcar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –FEPC.*
2. *Como consecuencia de lo anterior se obligue a la reducción del precio de la gasolina que se está cobrando de más producto del cuestionado tributo, en concordancia a*

los precios mundiales del mercado que deben (sic) rigen a los combustibles, tal como acontece con los demás bienes (sic) servicios que circulan en el mercado.

(...)

1.1.1.1. Normas violadas

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 150, 189, 334 y 338
- Ley 1151 de 2007: artículo 69.

1.1.1.2. Concepto de la violación

El demandante dijo que el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2009 violó el numeral 11 del artículo 89 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 porque, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151, el Gobierno estableció una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles – correspondiente a los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral– que no fue prevista en la norma reglamentada.

Que así, al establecer una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles –en adelante FEPC o el Fondo– no prevista por el legislador, el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Señaló que el Decreto 4839 de 2009 violó el artículo 334 de la Constitución Política, porque el establecimiento de una fuente de financiación del FEPC constituye una forma de intervención en la economía y que, como tal, debía hacerse con sujeción a la ley.

Que si la intención del legislador hubiera sido que los consumidores de combustibles financiaran el FEPC, así lo habría previsto de manera expresa la Ley 1157 de 2007 pero que, como no lo hizo, el Gobierno no podía arrogarse esa competencia.

De otra parte, el demandante sostuvo que el decreto demandado violó los artículos 338 y 150 [numeral 12] de la Constitución Política, porque fijó una carga de naturaleza tributaria y que, como tal, debía ser establecida por el legislador, conforme lo exige el principio de legalidad.

Explicó que el cobro de la diferencia entre los precios de paridad y de referencia – este último establecido por el Ministerio de Minas y Energía– con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, conforme lo establecen los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, constituía un tributo pues correspondía a una obligación impuesta de manera unilateral a cargo de los refinadores e importadores que hacen giros de los recursos generados en virtud de su posición neta trimestral.

Que, en consecuencia, al tratarse de un tributo, solo podía ser fijado por el legislador, conforme lo ordenan los artículos 338 y 150 [numeral 12] de la Constitución Política.

1.1.2. Demanda interpuesta por la Corporación de Dominio Público (Expediente 22115)

En ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del CCA, la Corporación de Dominio Público formuló las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad del literal b) del artículo 3° del Decreto 4839 de 2008 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía, que establece como recursos del Fondo de Estabilización Petrolera de los Precios de los Combustibles –FEPC– los recursos “provenientes de los giros efectuados por los refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral”, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el capítulo que alude a los “Fundamentos de Derecho” por exceder los límites de la potestad reglamentaria por parte de las autoridades que expedieron el decreto, así como por qué (sic) se violaron las disposiciones constitucionales referentes a los principios de legalidad de los tributos, al imponer a los usuarios del transporte público y privado del país una carga económica sustancial consistente en la diferencia, entre mantener artificialmente a los precios internacionales del mercado el precio interno de la gasolina motor y ACPM, carga que por su naturaleza tributaria ha debido ser objeto de trámite y presentación de Congreso de la República.

(...)

1.1.2.1. Normas violadas

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 150 [numerales 10 y 12], 189, 334 y 338
- Ley 1151 de 2007: artículo 69.

1.1.2.2. Concepto de la violación

El representante legal de la Corporación DE DOMINIO PÚBLICO dijo que el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2009 violó el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política porque, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la norma reglamentada.

Que al establecer como fuente de financiación del mentado fondo los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores de los recursos generados de la posición neta trimestral, el Gobierno excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Explicó que el artículo 69 del de la Ley 1151 de 2007 establece que «*los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el “Fondo de Estabilización Petrolera” de la presente ley*» y que, además, «*la operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto*».

Que, por tanto, el Decreto 4839 de 2008 debía ser expedido para efectos de regular el funcionamiento del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles, mas no para establecer fuentes de financiación.

De otra parte, dijo que el Decreto demandado viola los artículos 338 y 150 [numerales 10 y 12] de la Constitución Política porque fija una carga de naturaleza tributaria que debía ser establecida por el legislador, conforme lo ordena el principio de legalidad tributaria.

Explicó que los artículos 7 y 9 del acto demandado crean un tributo pues prevén el cobro de la diferencia entre la tasa representativa del mercado internacional que rige los combustibles (precio de paridad) y el precio establecido por el Ministerio de Minas y Energía (precio de referencia con base en la posición neta trimestral). Que los artículos demandados, entonces, imponen de manera unilateral una carga económica forzosa a los consumidores.

Agregó que el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008 establece que al Ministerio de Minas y Energía le corresponde calcular y fijar la posición neta trimestral –que no es otra cosa que fijar el precio de los combustibles para un lapso de tres meses– que a su vez es tomado como índice para el cobro de la diferencia de precios que revela el mercado internacional, diferencia que, de ser negativa, ingresará al FEPC.

Que, dicho de otra manera, es el Ministerio de Minas y Energía el que, en últimas, fija la base gravable del tributo establecido mediante el Decreto 4839 de 2008.

1.2. COADYUVANCIAS

Los ciudadanos Luis Fernando Velasco Chaves, en calidad de senador de la República, y Javier Hernando Benavides Pérez coadyuvaron la demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco.

1.2.1. La coadyuvancia del Senador Luis Fernando Velasco Chaves

Dijo que como parte de la política de ajuste a los precios de los combustibles, el Gobierno Nacional decidió desmontar gradualmente los subsidios a la gasolina y al ACPM, todo lo anterior con miras a que progresivamente el precio interno de los combustibles coincidiera con el precio internacional.

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 estableció que el Sistema General de Precios a los Combustibles se podrían financiar con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel. Que, además, mientras culminaba el desmonte de los subsidios, seguirían siendo financiados con cargo a los recursos de la Nación, en desarrollo de la política para implementar un sistema general de precios que reconozca la realidad de los precios internacionales de estos combustibles.

Agregó que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, con el fin de mitigar y contrarrestar los posibles efectos económicos adversos en el mercado interno generado por los cambios repentinos en el precio internacional del petróleo.

Que la norma referida señaló, además, que las únicas fuentes de financiación del fondo son i) el Presupuesto General de la Nación y ii) la transferencia de parte de los recursos ahorrados de Ecopetrol.

Sostuvo que, sin embargo, el literal b) del artículo 3 del Decreto 4839 de 2008 estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la ley –los correspondientes a los giros efectuados por los refinadores e importadores originados en la posición neta trimestral–, con lo que transgredió los artículos 150 y 334 de la Constitución Política.

Concluyó que así, el literal b) del artículo 3 del decreto demandado estableció una carga fiscal al permitir mantener artificialmente el precio interno de los combustibles en relación con el precio internacional, bajo la insostenible denominación de un «ahorro forzado», todo gracias a la denominada posición neta trimestral de que trata el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008.

1.2.2. La coadyuvancia de Javier Hernando Benavides Pérez

En términos similares a los expuesto en la demanda, dijo que del Decreto 4839 de 2008 es nulo por violación de los artículos 1, 2, 3, 15, 334 y 338 de la Constitución Política y 60 y 69 de la Ley 1151 de 2007, porque estableció una fuente de financiación del FEPC no prevista en la ley que reglamenta.

1.3. LA CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

1.3.1. A la demanda interpuesta por Camilo Araque Blanco (Exp. 17649)

Los ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público se opusieron a las demandas, en los términos que se resumen a continuación.

1.3.1.1. Contestación de la demanda del Ministerio de Minas y Energía

En relación con la violación del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el Ministerio de Minas y Energía dijo que el artículo 69 de la ley referida establece que la operatividad y el funcionamiento del FEPC se debe adelantar de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Que la Ley 1151 de 2007 no fue restrictiva en el nivel de potestad reglamentaria que le confirió al Gobierno, pues no señaló expresamente que los recursos ahorrados de Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera y los del presupuesto nacional fueran los únicos que haría parte de la arcas del Fondo creado por le Ley 1151 de 2007.

Advirtió que, en consecuencia, cuando el artículo 69 de la Ley 1151 señala que al Gobierno le corresponde reglamentar la operatividad y el funcionamiento del Fondo, lo habilita para establecer fuentes de financiación adicionales a las previstas en la norma reglamentada.

Que, precisamente, los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores o exportadores originados en la posición neta trimestral fueron fijados para la operatividad y el funcionamiento del FEPC, conforme lo prevé la ley.

Explicó que el FEPC fue establecido como un mecanismo para mitigar los efectos de los precios internacionales del petróleo en los precios internos de los combustibles. Que para que ese fondo tuviera efectos reales en la economía, se requería que fuera financiado con los ahorros de Ecopetrol y con recursos del presupuesto nacional, como mínimo. Que si el FEPC fuera financiado únicamente con los recursos señalados en la ley y, en especial, con el presupuesto nacional, implicaría desatender las políticas de inversión social.

Sobre la violación del artículo 334 de la Constitución Política, el Ministerio de Minas y Energía dijo que el Decreto 4839 de 2008 no estableció un tributo sino que adoptó medidas de orden económico para mitigar los efectos negativos de la volatilidad en los precios de los combustibles.

1.3.1.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda explicó que el Decreto 4839 de 2008 fue expedido con sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 60, 69 y 113 de la Ley 1151 de 2007, en especial estos últimos, en cuanto prevén que la principal función del FEPC es

atenuar en el mercado interno el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que así, el decreto demandado cumple el cometido previsto en la ley en la medida en que determina la estructura, los recursos, los reportes, la posición diaria, la posición trimestral positiva y negativa, la conformación del comité directivo y su funcionamiento.

Sostuvo que, en consecuencia, los artículos 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 no debían ser declarados nulos, porque constituyen un mecanismo eficaz para alcanzar el cometido previsto en la Ley 1151 de implementar un sistema general de precios a los combustibles que reconozca los precios internacionales, además del desmonte de los subsidios.

1.3.2. A la demanda interpuesta por la Corporación de Dominio Público (Exp. 22115)

Los ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público se opusieron a las demandas, en los términos que se resumen a continuación.

1.3.2.1. Contestación de la demanda del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda presentada en el expediente 17649, dijo que el Decreto 4839 de 2008 fue expedido con sujeción a lo previsto en los artículos 189 de la Constitución Política y 60, 69 y 113 de la Ley 1151 de 2007.

Sostuvo que al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto 4839 de 2008 adoptó la metodología para estabilizar el precio de los combustibles, en razón del desmonte de los subsidios y del consecuente riesgo generado por la volatilidad de los precios internacionales.

Agregó que los giros con destino al FEPC no son un tributo sino que corresponden a *«una reserva que permite suavizar los incrementos en precios sin causar traumatismos a los demás programas de gasto público»*.

Que es tan evidente que se trata de una reserva que el artículo 8 del decreto demandado prevé pagos a los refinadores e importadores con cargo al FEPC cuando la posición neta trimestral sea positiva. Que si fuera un tributo, no sería posible establecer un mecanismo de pago a los aportantes al fondo pues las obligaciones fiscales son obligatorias indistintamente si en el ejercicio fiscal se generan pérdidas.

1.3.2.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Minas y Energía

En términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda presentada en el expediente 17649, dijo que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 establece que la operatividad y el funcionamiento del FEPC se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno.

Que la Ley 1151 no fue restrictiva en el nivel de potestad reglamentaria que le confirió al gobierno, pues, no señaló expresamente que los recursos ahorrados de Ecopetrol y los del presupuesto nacional serían los únicos que haría parte de la arcas del fondo.

Advirtió que, en consecuencia, cuando el artículo 69 de la Ley 1151 señala que al Gobierno Nacional le corresponde reglamentar la operatividad y el funcionamiento

del fondo, lo habilita para establecer fuentes de financiación adicionales a las previstas en la norma reglamentada.

Que, precisamente, los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores o exportadores originados en la posición neta trimestral fueron fijados para la operatividad y el funcionamiento, conforme lo prevé la ley.

Explicó que el FEPC fue establecido como un mecanismo para mitigar los efectos de los precios internacionales del petróleo en los precios internos de los combustibles. Que para que ese fondo tuviera efectos reales en la economía, se requería fuera financiado no solamente con los ahorros de Ecopetrol y con recursos del presupuesto nacional.

Que, además, si el FEPC fuera financiado únicamente con los recursos señaladas en la ley y, en especial, con el presupuesto nacional, implicaría desatender las políticas de inversión social.

1.4. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. De los demandantes

Camilo Araque Blanco (demandante en el proceso 17649) reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que la calificación de una carga determinada como de naturaleza tributaria no depende de su denominación o temporalidad, sino de que respecto de esta se configuren los características de las obligaciones fiscales, a saber, que se trate de una imposición pecuniaria obligatoria –no voluntaria–, exigida unilateralmente por el Estado, como consecuencia de la realización de un hecho imponible.

Que, precisamente, esas circunstancias se verifican respecto de la carga impuesta mediante el Decreto 4839 de 2008 con destino al Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles, de tal forma que su establecimiento debía sujetarse al principio de legalidad de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

1.4.2. De los coadyuvantes

Luis Fernando Velasco Chaves y Javier Armando Benavidez Pérez (coadyuvantes en el proceso 17649) intervinieron en etapa del proceso para reiterar los argumentos expuestos en los escritos de coadyuvancia.

1.4.3. De los demandados

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos de oposición a las pretensiones expuestos en las contestaciones a las demandas, lo propio hizo el Ministerio de Minas y Energía.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El **Ministerio Público** solicitó anular parcialmente el Decreto 4839 de 2008, conforme lo solicitaron los demandantes, esto es, el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9.

1.5.1. En el proceso 17649

Dijo que, contrario a lo señalado por el Ministerio de Minas y Energía, la Ley 1151 de 2007 dispuso de manera expresa los recursos destinados a

conformar el Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles y, que, en consecuencia, el Gobierno no estaba facultado para determinar fuentes de financiación adicionales a las previstas en esa norma.

Advirtió que la competencia para reglamentar la operatividad y el funcionamiento del FEPC, conforme lo precisó la Ley 1151, no tenía el alcance crear o establecer recursos adicionales para conformarlo.

Que, en consecuencia, el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4838 de 2008 debían ser anulados por ser violarios del artículo 189 de la Constitución Política, pues la facultad reglamentaria que le fue concedida al Gobierno mediante la Ley 1151 de 2007 consistía fundamentalmente en expedir las normas pertinentes para el funcionamiento del Fondo y establecer los mecanismos para cumplir su finalidad, pero con los recursos que previó el legislador.

1.5.2. En el proceso 22115

El Ministerio Público dijo que el literal b) de artículo 3 del Decreto 4839 de 2008 debía ser anulado porque fijó una contribución parafiscal, en contra de lo previsto en el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 –que estableció que la reglamentación que permitiera la operatividad del FEPC debía hacerse por parte del Gobierno Nacional con sujeción a la Constitución Política–.

Que al establecer una fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios a los Combustibles no prevista en ley, la norma demandada violó los artículos 150, 189 y 338 de la Carta Política.

1.6. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Mediante auto del 8 de septiembre de 2015¹, el magistrado sustanciador decretó la acumulación del proceso 110010327000200900018-00 (17649) al proceso 110010324000200900362-00 (22115).

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de las demandas acumuladas, a la Sala le corresponde decidir sobre la nulidad de literal b) del artículo 3 y de los artículos 7 y 9 del Decreto 4838 de 2008, *«por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones»*, expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Públicos y de Minas y Energía².

En concreto, la Sala debe decidir si los apartes demandados del Decreto 4838 del 2008 son nulos por desconocer el principio de legalidad de que trata el artículo 338 de la Constitución Política y si en su expedición se configuró un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le fue conferida al Gobierno Nacional por la Ley 1151 de 2007.

La Sala anticipa, desde ya, que anulará los apartes del reglamento demandado por ser contrarios a la Carta Política y, en concreto, por desconocer el principio de

¹ Folios 377 al 380 del expediente 17649.

² Mediante auto del 18 de mayo de 2012, expedido dentro del expediente 17649, el ponente remitió el proceso a la sección primera, por considerarlo de su competencia. Este auto fue objeto de recurso de reposición (mediante auto del 11 de julio de 2012, el ponente decidió tramitarlo como recurso de súplica, en los términos del artículo 183 del CCA). Mediante auto del 12 de septiembre de 2013, la Sala revocó el auto del 18 de mayo de 2012.

legalidad tributaria.

2.1. La norma demanda

Los demandantes en los procesos acumulados solicitan la nulidad de literal b) del artículo 3 y de los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, que respectivamente establecen:

DECRETO 4839 DE 2008 **(diciembre 24)**

por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 dispuso que se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel.

Que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, con el propósito de atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que el mencionado artículo dispuso que los montos necesarios para la constitución del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP.

Que el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 estableció que los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A. en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP, son de la Nación.

Que se hace necesario reglamentar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC

DECRETA:

(...)

Artículo 3°. Recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- se constituirá con el 10% de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A., en el FAEP a que hace referencia el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 3238 de 2007. Adicionalmente contará con los siguientes recursos:

- a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo.
- b) Los provenientes de los giros efectuados por los Refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral.
- c) Los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación, en virtud del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007.

(...)

Artículo 7°. Posición Neta Trimestral. El Ministerio de Minas y Energía calculará y liquidará mediante resolución, la Posición Neta Trimestral de cada Refinador y/o Importador.

Dicha posición será el producto de la diferencia generada entre cuentas por pagar por

concepto del Diferencial de Compensación y cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Participación, definidas así:

Cuentas por pagar a favor de los refinadores y/o importadores con cargo al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Compensación.

Cuentas por pagar a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- con cargo a los refinadores y/o importadores: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Participación.

(...)

Artículo 9°. Pagos a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-. *En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea negativa, los mismos girarán en pesos con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7° del presente decreto, el valor que esta determine y en la cuenta que sobre el particular defina el administrador del Fondo.*

(...)

2.2. Aclaración previa. Del control de legalidad sobre actos derogados

La Sala parte de advertir que el Decreto 4839 del 2008, acto demandado, fue derogado de manera expresa por el Decreto 2713 de 2012, «por el cual se reglamenta el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, en relación con el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, FEPC y se dictan otras disposiciones».

Se trata, por tanto, de ejercer el control de legalidad de un acto administrativo que no se encuentra vigente por haber sido derogado. Sobre este particular, la Sala tiene por sentado que este tipo de control es procedente en consideración a los efectos que el acto derogado pudo producir.³

2.3. Del principio de legalidad tributaria

El artículo 338 de la Constitución Política establece que, en tiempos de paz, solo el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales pueden establecer tributos.

La norma constitucional también dispone que los elementos esenciales del tributo – esto es, el hecho generador, la base gravable, la tarifa y los sujetos (activo y pasivo), deben ser fijados directamente por el legislador y que, al hacerlo, la norma correspondiente debe ofrecer total claridad sobre cada uno de estos elementos.

De lo anterior se desprende que el gobierno nacional o local no tiene la facultad, o está impedido, para establecer cargas de naturaleza tributaria pues esta potestad está reservada a los órganos de representación popular.

En concordancia con el artículo 338, el artículo 150 de la Constitución Política, al regular las atribuciones del Congreso de la República, dispone que le corresponde

³ No obstante lo anterior, el ponente es de la tesis de que es improcedente el control de legalidad que recaerá sobre los actos administrativos derogados, porque si bien tuvieron vigencia y pudieron causar algún efecto particular y concreto ora a favor ora en contra de alguien, lo cierto es que sería el juez del caso concreto o del proceso judicial el encargado de definir si la norma contenía o no disposiciones ilegales o inconstitucionales. Es decir, que si alguien se considera afectado por la aplicación en concreto de la norma derogada bien podría demandar oportunamente lo pertinente.

«Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley». En el mismo sentido lo precisan los artículos 300 y 313 CP, al referirse a las atribuciones de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, respectivamente.

2.4. Del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles

La Ley 1151 de 2007, «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010», creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, con el objeto de atenuar, en el mercado interno, el impacto de los precios internacionales de los combustibles. Para el efecto la norma dispuso:

ARTÍCULO 69. FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES. Créase el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Los recursos necesarios para la constitución de este Fondo provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol S. A., a que hace referencia el artículo sobre el “Fondo de Estabilización Petrolera” de la presente ley.

La operatividad y funcionamiento de dicho Fondo se adelantará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y en todo caso se sujetará a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política y el Estatuto Orgánico de Presupuesto”.

El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles fue creado en el marco de una política de desmonte gradual de subsidios a los combustibles, encaminada, a su vez, a la adopción de una política de liberación de precios. Sobre este particular le Ley 1151 de 2007 precisa:

El Gobierno Nacional implementará una política de largo plazo que asegure el abastecimiento energético. Para ello, continuará promoviendo la exploración y explotación de hidrocarburos. Adicionalmente, se fortalecerá a Ecopetrol S. A. mediante la capitalización de la empresa.

*Se dará continuidad a la política de intercambios internacionales de gas natural y se establecerán mecanismos legales, regulatorios y contractuales que aseguren el abastecimiento nacional de gas natural basado en los principios de equilibrio económico de los contratos y costo de oportunidad de este recurso. Así mismo, a través del Fondo Especial Cuota de Fomento se impulsarán proyectos de infraestructura de gas. **También, se desmontarán los subsidios no progresivos a los combustibles líquidos y evaluará la adopción de una política de liberación de precios y la viabilidad de implementar mecanismos que permitan mitigar los efectos de la volatilidad de los precios.** (Se resalta)*

El Fondo así creado estaría inicialmente constituido por la transferencia de un porcentaje de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Estabilización Petrolera –FEP–, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1151 de 2007.

El artículo 3 del Decreto 4839 del 2008, al reglamentar el artículo 69 de la Ley 1151, estableció tres fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles, a saber: **i)** los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo; **ii)** los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición

neta trimestral y **iii)** los asignados por el Presupuesto General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 1151.

La financiación del FEPC con los recursos provenientes de los giros efectuados por los refinadores e importadores en la liquidación de la posición neta trimestral, conforme lo establece el literal b) del artículo 3 del Decreto 4829 de 2008 es lo que convoca la presente controversia, pues, según alegan los demandantes, se trata de una carga tributaria y que, en esa medida, solo establecida por el legislador, que no por el Gobierno.

Como se anticipó al inicio de estas consideraciones, la Sala le concederá la razón a los demandantes pues, en efecto, el literal b) del artículo 3 del Decreto 4829 de 2008 estableció un tributo.

La denominada posición neta trimestral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 4839 de 2008, debía ser fijada trimestralmente por el Ministerio de Minas y Energía para cada refinador o importador, y corresponde a la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del diferencial de compensación y cuentas por pagar por concepto del diferencial de participación.

A su turno, según las definiciones del artículo 1º del Decreto 4839 de 2008, el diferencial de compensación es la diferencia diaria entre el precio de paridad⁴ y el precio de referencia⁵, cuando esta es positiva, en tanto que el diferencial de participación corresponde a la diferencia diaria entre el precio de paridad y el precio de referencia, cuando la diferencia es negativa.

Por último, el artículo 9 del Decreto 4839 de 2008 establecía que en el evento en que la posición neta trimestral de cada refinador o importador fuera negativa, tales sujetos debían girar los recursos correspondientes al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles.

La Ley 1450 de 2011, «*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*», modificó la regulación hasta entonces vigente relacionada con la financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles creado por la Ley 1151 de 2007, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 101. FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES. *El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), creado por el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, seguirá funcionando para atenuar en el mercado interno el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.*

Los recursos necesarios para su funcionamiento provendrán de las siguientes fuentes:

- a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo;*
- b) Los recursos de crédito que de manera extraordinaria reciba del Tesoro;*

⁴ **Precio de Paridad:** Son los precios diarios de los combustibles gasolina regular y ACPM observados durante el mes, expresados en pesos, referenciados al mercado del Golfo de los Estados Unidos de América, calculado aplicando los artículos 5º, 6º y 7º de la Resolución 181496 de septiembre 8 de 2008, proferida por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan.

⁵ **Precio de Referencia:** Con miras a estabilizar el precio de la gasolina motor o ACPM del consumidor final, es el Ingreso al Productor definido por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con las Resoluciones 82438 y 82439 de 1998, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan. Dicho precio se fijará mensualmente.

c) Los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el Precio de Paridad internacional y el Precio de Referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan.

PARÁGRAFO. *A partir de la presente vigencia, los ingresos y los pagos efectivos con cargo a los recursos del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC, que realice la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, en su calidad de administrador de dicho Fondo, no generarán operación presupuestal alguna, toda vez que son recursos de terceros y no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.*

Según se ve, el artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 ratificó el sistema de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles establecido en el Decreto 4839 de 2008 y, en concreto, lo previsto en el literal b) del artículo 3, al disponer que este sería financiado con «*los recursos provenientes de las diferencias negativas, entre el Precio de Paridad internacional y el Precio de Referencia establecido por el Ministerio de Minas y Energía, o quien haga sus veces, cuando existan*».

Pues bien, mediante sentencia C-621 de 2013⁶, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011 por ser violatorio del artículo 338 de la Constitución Política.

El primero de los cargos formulados contra el literal c) del artículo 101 de la Ley 1450 de 2011, que fue resuelto en la sentencia que se trae a colación concierne a la violación del principio de legalidad pues, a juicio de los demandantes, la norma controvertida no estableció la totalidad de los elementos del tributo. Sobre este particular, la Corte Constitucional señaló:

Para dar solución al primero de los cargos planteados, la Sala deberá establecer si el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, al prever como una de las fuentes de recursos del FEPC la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia, creó un tributo. De ser afirmativa la respuesta, deberá establecerse si el literal acusado satisface las exigencias del principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 338 de la Constitución, en lo relativo a la necesidad de determinación de los elementos esenciales del tributo creado por parte de alguna de las corporaciones de representación popular.

En la sentencia referida, la Corte Constitucional concluyó que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 creó un tributo –concretamente una contribución parafiscal– y, además, que la carga establecida en esa norma no cumplía los requisitos del principio de legalidad tributaria previstos en el artículo 338 de la Constitución Política.

Sobre la naturaleza tributaria de la carga impuesta en el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente:

Sin embargo, ante la evidente insuficiencia de dichos recursos, desde el 2008 por medio del decreto 4839 y, posteriormente, por la regulación proferida en el año 2011 se previó que los recursos del Fondo tendrían origen, entre otros, en la diferencia entre el precio de los combustibles en el territorio colombiano –precio de referencia- y el precio promedio de los mismos en algún mercado internacional –precio de paridad-. Cuando el primero fuese superior al segundo, el mayor costo del combustible en territorio colombiano debería ser entregado al FEPC –diferencial de

⁶ MP Alberto Rojas Ríos

participación-. De esta forma, se acumularían recursos para realizar la labor de estabilización que es asignada por la ley.

Un elemento esencial del mecanismo de recaudo previsto lo constituye el hecho de que el precio de los combustibles en el territorio colombiano no es un precio determinado por las leyes del mercado, sino que es fruto de la regulación que al respecto fija el Ministerio de Minas y Energía. En efecto, tanto productores – refinadores- como importadores deben vender al precio establecido por el Ministerio, tal y como lo disponía el decreto 4839 de 2008 y lo dispone actualmente el decreto 2713 de 2012.

En este sentido, el precio de los combustibles en el territorio colombiano es fijado siguiendo los criterios y objetivos de la política gubernamental en materia de combustibles. De manera que, para lo que ahora interesa al problema jurídico, si el Ministerio considera conveniente desarrollar una política de ahorro para capitalizar el FEPC, es posible que durante un periodo de tiempo el precio de referencia de los combustibles que se fije mes a mes sea superior al precio de paridad internacional.

Teniendo en cuenta que dicha diferencia, en caso de que el precio interno sea mayor, se convierte en recursos del FEPC, concluye la Corte que la misma constituye un recaudo de naturaleza tributaria. (Se resalta).

Y sobre que el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 desconoció el principio de legalidad, la Corte Constitucional precisó que la norma demandada no estableció el sujeto pasivo, la base gravable ni la tarifa, conforme lo exige el artículo 338 de la Carta Política. En tal sentido, dijo la Corte:

En el literal acusado, no obstante establecerse un cobro que cumple con las características predicables de los tributos –y más específicamente, de una contribución parafiscal-, no se incluyen aquellos elementos cuya determinación es exigida por el artículo 338 de la Constitución. Esta constatación, sin embargo, no es definitiva para la exequibilidad o inexecuibilidad del precepto acusado, pues los elementos que definen dicha contribución pueden haber sido previstos en disposiciones de rango legal que, a partir de una lectura sistemática de la ley, arrojen determinación sobre los mismos.

En este sentido observa la Sala que el sujeto activo de la contribución establecida, si bien no es definido en el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011, puede deducirse del artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y del párrafo del artículo 101 de la ley 1450 de 2011. Las mencionadas disposiciones señalan que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público será el administrador del FEPC, lo que conduce a la conclusión que es éste quien ejerce como sujeto activo de la contribución prevista en el literal acusado, por lo que se puede considerar como determinado este elemento esencial de la contribución parafiscal.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los demás elementos esenciales a la determinación del tributo.

En primer lugar, ni en el literal acusado, ni en las otras disposiciones legales que regulan el funcionamiento del FEPC se determina o se aportan elementos para determinar quiénes tendrán que pagar el sobrecosto en el precio de los combustibles. Aunque es claro que dicho sobrecosto repercute en el precio del combustible que se venda en el territorio colombiano y, por consiguiente, podrían ser todos los que compren combustible quienes indirectamente soportarán las consecuencias –incluso los usuarios finales-, existen unos sujetos pasivos concretos sobre los que recae directamente el sobrecosto contemplado en la disposición acusada y que tienen la obligación de pagarlo al FEPC.

Este aspecto se encuentra previsto en el decreto 2713 de 2012, cuerpo normativo que en su artículo 8º determina que serán los importadores y los refinadores los que deban girar recursos al Fondo cuando su posición trimestral sea negativa, es decir,

cuando hayan vendido combustible en el mercado nacional a precios de referencia superiores al precio de paridad internacional que rige cada día. (...)

Puede observarse que, aunque actualmente los sujetos pasivos se encuentran aparentemente determinados, dicha tarea no la realizó ninguno de los cuerpos normativos autorizados para ello por el artículo 338 de la Constitución. Por el contrario, los mismos fueron definidos mediante un decreto reglamentario, expedido en ejercicio de la competencia prevista por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Por esta razón se concluye que, tal y como lo señala el demandante, el literal C) incumple las exigencias derivadas del principio de legalidad tributaria en lo relativo a la determinación de los sujetos pasivos de la contribución parafiscal creada. (Se resalta).

Así mismo, el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 no satisface la exigencia de determinar plenamente la base gravable de la contribución parafiscal que crea, ni en su enunciado se incluyen elementos a partir de los cuales aquella pueda determinarse.

La disposición en comentario prevé que los recursos recaudados por el FEPC provendrán de la diferencia entre el precio de referencia fijado por el Ministerio de Minas y Energía y el precio de paridad internacional, cuando el primero sea superior al segundo. Como fue explicado, el carácter de recaudo impositivo proviene del hecho que el Ministerio de Minas y Energía es el que establece el precio de referencia, por autorización expresa del literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011. En este caso, la base gravable de la contribución parafiscal prevista la constituye la diferencia entre uno y otro precio.

Aunque en apariencia se realiza la determinación de la base gravable por parte de la disposición acusada, en realidad el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 delega esta tarea al Ministerio de Minas y Energía, lo que implica una deslegalización de este elemento esencial de la contribución parafiscal.

En efecto, ninguno de los elementos de la base gravable es determinado de forma precisa por la disposición legal. Respecto del precio de paridad internacional no se establece cuál será la referencia internacional que debe ser considerada para establecerlo [34]; ni con base en qué promedio se calculará dicho precio; ni los periodos de tiempo que se tomarán como base para el cálculo; ni el precio de cuáles combustibles será tenido en cuenta en el cálculo previsto; entre otros.

La ausencia de los parámetros para el cálculo del precio de paridad internacional implica el incumplimiento del principio de legalidad tributaria –artículo 338 de la Constitución– por parte del legislador, por cuanto deja a la total discrecionalidad del Ministerio de Minas y Energía esta determinación. Lo anterior no quiere decir que el Ministerio no tenga la capacidad o los recursos técnicos para realizar adecuadamente esta tarea; el desconocimiento de la Constitución proviene de despojar a dicho proceso de decisión de la legitimidad democrática que aporta el ser decidido o determinable a partir de parámetros establecidos por los órganos de representación popular.

Otro tanto ocurre con el precio interno de los combustibles –precio de referencia–, respecto del que el artículo 101 de la ley 1450 de 2011 no contiene ningún parámetro que guíe al Ministerio de Minas y Energía en su determinación. No se establece por parte del literal acusado o cualquier otra disposición de rango legal ni el procedimiento; ni la fórmula o, al menos, las variables que deban tenerse en cuenta para llevar a cabo dicha tarea –verbigracia estadísticas de comportamiento de los precios, tendencias históricas de ascenso o descenso del precio de los combustibles de referencia, etc.–; ni, mucho menos, un tope o techo de la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia que se fije en un período, entre otros. Lo que también conlleva las consecuencias expuestas en el inciso anterior.

En resumen, el literal ahora acusado simplemente determina que la base gravable será la diferencia entre dos precios, respecto de los cuales no existe un solo elemento normativo de rango legal que sirva como derrotero al Ministerio de Minas y Energía al momento de establecerlos. Esta situación ubica en un espacio de discrecionalidad absoluta a la entidad administrativa en ejercicio de la competencia prevista en el literal acusado, lo que implica en la práctica una deslegalización en la determinación de la base gravable de una contribución parafiscal, con la consiguiente vulneración de los mandatos que se derivan del principio de legalidad, previsto en el tantas veces mencionado artículo 338 de la Constitución.

La ausencia de parámetros legales tiene como efectos prácticos, además de los ya expuestos, la indeterminación absoluta sobre la tarifa de la contribución creada, así como la inexistencia de una metodología o sistema que permita establecerla, lo que reafirma la ausencia de determinación de los elementos esenciales de la contribución parafiscal por parte de las disposiciones de rango legal que determinan su creación. Y, aunque podría argumentarse que la tarifa en este caso equivale al cien por cien de la base gravable –es decir, el total de la diferencia entre los dos precios–, la incertidumbre absoluta que existe respecto de la base gravable, hace que dicha indeterminación tenga como efectos prácticos la ausencia absoluta de elementos de juicio a partir de los cuales establecer cómo se fija la tarifa en el caso que ahora estudia la Corte Constitucional.

(...)

Por lo anteriormente expresado, la ausencia de determinación o de parámetros para determinar los sujetos pasivos y la base gravable del ingreso parafiscal previsto en el literal c) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 sirven como fundamento para que la Sala concluya que la disposición acusada no cumple con los requisitos previstos por el artículo 338 de la Constitución y, en consecuencia, deba ser declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional. Conclusión que, por demás, hace innecesario el estudio y decisión sobre el segundo cargo planteado por los accionantes.

La Corte Constitucional resumió el sentido de la decisión de declarar la inexecutable del literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 en los siguientes términos:

En el presente caso se acusó el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 por una presunta vulneración del principio de legalidad tributaria –artículo 338 de la Constitución–. De acuerdo con el literal acusado, una de las fuentes de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles será la diferencia entre el precio de paridad internacional y el precio de referencia –precio interno de los combustibles– cuando éste último sea mayor que aquel. Un elemento indispensable del análisis de constitucionalidad es que el precio de referencia es fijado por el Ministerio de Minas y Energía, sin que existan parámetros de rango legal que determinen los criterios que debe seguir el Ministerio al realizar dicha tarea. En criterio de los accionantes esta forma de recaudo constituye un tributo, de manera que si la ley no determina sus elementos esenciales se desconoce la exigencia del artículo 338 de la Constitución.

Para la Sala la forma de recaudo prevista por el literal C) del artículo 101 de la ley 1450 de 2011 constituye una contribución parafiscal, por cuanto la obligación impuesta tiene como fundamento el poder de imperio del Estado; está dirigida a un sector económico determinado; sus beneficios los recibe el mismo sector económico del cual se recaudan los fondos; dichos recursos tienen naturaleza pública; son administrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y, finalmente, éstos no entran a formar parte del Presupuesto General de la Nación.

No obstante su carácter de contribución parafiscal, y por consiguiente su naturaleza tributaria, no fueron normas de rango legal las que establecieron los sujetos pasivos de la misma. Ni los elementos que conforman su base gravable: el precio de paridad internacional y el precio de referencia –precio interno– de los combustibles son

establecidos en normas de rango infra legal. Finalmente, la indeterminación en la base gravable tiene como consecuencia, además, la ausencia total de parámetros de rango legal para establecer la tarifa del tributo regulado en el literal acusado.

Son estas las razones que llevan a la Sala Plena a considerar que el literal C) de la ley 1450 de 2011 debe ser declarado inexecutable.

De las consideraciones de la Corte Constitucional que fueron transcritas resulta pertinente resaltar lo atinente a que los giros efectuados por los refinadores e importadores con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles son un tributo, concretamente una contribución parafiscal.

En esa medida, la Sala considera que el literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 deben ser anulados por violar los artículos 338 y 150 (numeral 12) de la Constitución Política, pues, como se explicó, establecieron una carga fiscal que, como tal, debía ser fijada por el legislador, en acatamiento del principio de legalidad, y no por Gobierno Nacional, como en efecto se hizo mediante el reglamento demandado.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLÁRASE la **NULIDAD** del literal b) del artículo 3 y los artículos 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008 «*por medio del cual se reglamenta el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007*», expedido por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, en el contencioso de simple nulidad iniciado por CAMILO ARAQUE BLANCO contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía (Expediente 11001032700020090001800 (17649), proceso al que se acumula el expediente 11001032400020090036200 (22115)).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

DECRETO 4839 DE 2008

(diciembre 24)

Diario Oficial No. 47.213 de 24 de diciembre de 2008

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**<NOTA DE VIGENCIA: Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012>**

Por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las consagradas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 60 de la Ley 1151 de 2007 dispuso que se podrán financiar, con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, los subsidios a la gasolina motor y combustibles diésel.

Que el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 creó el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, con el propósito de atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

Que el mencionado artículo dispuso que los montos necesarios para la constitución del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC -, provendrán de la transferencia de parte de los recursos ahorrados por Ecopetrol en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP.

Que el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 estableció que los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A. en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera FAEP, son de la Nación.

Que se hace necesario reglamentar el funcionamiento y la operatividad del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC

DECRETA:**ARTÍCULO 1. DEFINICIONES. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012>**

Para los efectos de lo señalado en el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007 y el presente decreto, se establecen las siguientes definiciones:

Precio de Paridad: Son los precios diarios de los combustibles gasolina regular y ACPM observados durante el mes, expresados en pesos, referenciados al mercado del Golfo de los Estados Unidos de América, calculado aplicando los artículos 5o, 6o y 7o de la Resolución 181496 de septiembre 8 de 2008, proferida por el Ministerio de Minas y Energía o las normas que las modifiquen o sustituyan.

Precio de Referencia: Con miras a estabilizar el precio de la gasolina motor o ACPM del consumidor final, es el Ingreso al Productor definido por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con las Resoluciones 82438 y 82439 de 1998, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía o las normas

que las modifiquen o sustituyan. Dicho precio se fijará mensualmente.

Diferencial de Compensación: Es la diferencia diaria entre el Precio de Paridad y el Precio de Referencia, cuando esta es positiva.

Este factor se calculará en pesos, trimestralmente para la gasolina regular y para el ACPM por el Ministerio de Minas y Energía.

Diferencial de Participación: Es la diferencia diaria entre el Precio de Paridad y el Precio de Referencia, cuando esta es negativa.

Este factor se calculará en pesos, trimestralmente para la gasolina regular y para el ACPM por el Ministerio de Minas y Energía.

Refinador y/o Importador: Es toda persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos exigidos para los Refinadores y/o importadores en el Decreto 4299 de 2005, o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, y se encuentre debidamente registrada ante el Ministerio de Minas y Energía para actuar como tal.

ARTÍCULO 2o. ESTRUCTURA DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES -FEPC-. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- creado por el artículo 69 de la Ley 1151 de 2007, funcionará como un fondo especial sin personería jurídica, adscrito y administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tendrá como función atenuar en el mercado interno, el impacto de las fluctuaciones de los precios de los combustibles en los mercados internacionales.

ARTÍCULO 3o. RECURSOS DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES -FEPC-. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- se constituirá con el 10% de los recursos ahorrados por Ecopetrol S.A., en el FAEP a que hace referencia el artículo 131 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 3238 de 2007. Adicionalmente contará con los siguientes recursos:

- a) Los rendimientos de los recursos que conformen el Fondo.
- b) Los provenientes de los giros efectuados por los Refinadores y/o Importadores de los recursos generados en virtud de su Posición Neta Trimestral.
- c) Los recursos asignados por el Presupuesto General de la Nación, en virtud del artículo 60 de la Ley 1151 de 2007.

ARTÍCULO 4o. CUENTAS POR COMBUSTIBLE. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC- manejará cuentas separadas para cada refinador o importador de combustible y a su vez estos tendrán subcuentas separadas para cada combustible a ser estabilizado por el Fondo.

ARTÍCULO 5o. REPORTE ANTE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> Dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada trimestre, los Refinadores y/o Importadores deberán reportar a la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, las cantidades de gasolina corriente y ACPM vendidas en el trimestre anterior, incluyendo aquel ACPM proveniente de

la degradación del JET A-1.

Dichos reportes deberán contener la información correspondiente desagregada diaria, y deberán ser suscritos por la persona natural registrada o por el representante legal de la persona jurídica. El informe adicionalmente contendrá la discriminación de los volúmenes vendidos, indicando si el origen de los mismos es nacional o importado. En caso que la gasolina corriente o el ACPM sean de origen nacional, es necesario informar la refinería de la cual provienen.

Para estos efectos, los refinadores y/o importadores deberán usar el formato diseñado por el Ministerio de Minas y Energía.

El Ministerio de Minas y Energía evaluará la información remitida y liquidará lo propio a través de resolución, durante los quince (15) días siguientes a partir de su recibo.

ARTÍCULO 6o. POSICIÓN DIARIA. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> Es el producto del volumen reportado por el Refinador y/o Importador para el día correspondiente y el Diferencial de Compensación o el Diferencial de Participación, según sea el caso.

ARTÍCULO 7o. POSICIÓN NETA TRIMESTRAL. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Ministerio de Minas y Energía calculará y liquidará mediante resolución, la Posición Neta Trimestral de cada Refinador y/o Importador.

Dicha posición será el producto de la diferencia generada entre cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Compensación y cuentas por pagar por concepto del Diferencial de Participación, definidas así:

Cuentas por pagar a favor de los refinadores y/o importadores con cargo al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Compensación.

Cuentas por pagar a favor del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- con cargo a los refinadores y/o importadores: Es el monto en pesos correspondiente a la sumatoria de las Posiciones Diarias a lo largo del trimestre para los días en que hay lugar a Diferencial de Participación.

ARTÍCULO 8o. PAGOS CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES -FEPC-. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea positiva, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- cancelará en pesos, dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7o del presente decreto, el valor correspondiente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En virtud de lo señalado en el presente artículo y en atención a las normas presupuestales, el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, cancelará en el año 2010 lo correspondiente al 2009, reconociendo el costo de oportunidad que defina el Consejo de Política Fiscal -CONFIS-, si a ello hubiere lugar y sin perjuicio de que se pueda dar aplicación al artículo 10 de la Resolución 181496 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

ARTÍCULO 9o. PAGOS A FAVOR DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS

COMBUSTIBLES -FEPC-. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> En el evento en que la Posición Neta Trimestral de cada refinador y/o importador sea negativa, los mismos girarán en pesos con destino al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles - FEPC- dentro de los cinco días (5) siguientes a la expedición de la resolución a que hace referencia el artículo 7o del presente decreto, el valor que esta determine y en la cuenta que sobre el particular defina el administrador del Fondo.

ARTÍCULO 10. INCOMPATIBILIDAD. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> No se podrán generar dobles pagos a favor de los Importadores y/o Refinadores en virtud de la aplicación del presente decreto y de la Resolución 181496 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

ARTÍCULO 11. COMITÉ DIRECTIVO. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- tendrá un Comité Directivo conformado de la siguiente forma:

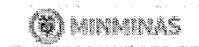
- a) El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien lo presidirá;
- b) El Ministro de Minas y Energía o su delegado;
- c) El Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado;
- d) El Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía o su delegado;
- e) El Director de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado.

ARTÍCULO 12. FUNCIONES DEL COMITÉ DIRECTIVO. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Comité Directivo del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles- FEPC- tendrá las siguientes funciones:

- a) Aprobar los estados financieros del Fondo.
- b) Designar la Secretaría Técnica del Fondo.
- c) Darse su propio reglamento.
- d) Trazar la política de inversión del Fondo.
- e) Las demás funciones inherentes a la naturaleza y a los fines del Fondo.

ARTÍCULO 13. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE LOS COMBUSTIBLES -FEPC-. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> Será facultad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su calidad de administrador del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC-, decidir autónomamente sobre la compra y venta de títulos o valores financieros y determinar la política de inversiones financieras con los recursos del Fondo, de conformidad con la política trazada por el Comité Directivo.

PARÁGRAFO. Facúltase a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio



de Hacienda y Crédito Público para que, con cargo a los recursos del Fondo y en virtud de su administración, pueda negociar y ejecutar operaciones de cobertura sobre los productos objeto de estabilización así como de petróleo y sus derivados.

ARTÍCULO 14. NATURALEZA DE LOS RECURSOS. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> Los recursos existentes en el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles -FEPC- no forman parte de las reservas internacionales del país.

ARTÍCULO 15. VIGENCIA. <Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 2713 de 2012> El Presente decreto rige a partir del 1o de enero de 2009.

Publíquese y cúmplase
Dado en Bogotá D.C., a 24 de diciembre de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministerio de Minas y Energía,
HERNÁN MARTÍNEZ TORRES.