

Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2020-00655-00
Accionante	FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE DERIVADOS DEL PETRÓLEO SECCIONAL DE BOLÍVAR, SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA
Accionado	NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Tema	<i>Improcedencia de la acción de tutela ante actos de carácter general proferidos por una Autoridad Administrativa del orden nacional – Aplicación del principio de la subsidiaridad en las acciones constitucionales cuando existen medios de defensa idóneos para controvertir decretos expedidos por una Autoridad Administrativa del orden central.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ Fija de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a decidir en primera instancia sobre la acción de tutela presentada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE DERIVADOS DEL PETRÓLEO SECCIONAL DE BOLÍVAR, SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA, contra la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, mediante la cual pretende el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y libertad económica.

III. ANTECEDENTES

3.1. PRETENSIONES².

En ejercicio de la acción de tutela, la parte solicitante elevó las siguientes pretensiones;

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4. Los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales del ACUERDO PCSJA20-11521 19 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

² Fol. 13

- Se tutelen sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados a la igualdad, al debido proceso y a la libertad económica.
- Que, en consecuencia, se suspenda provisionalmente el párrafo único del artículo 1.6.1.4.2 del Decreto 358 de 2020, por medio del cual se reglamentan unos artículos del Estatuto Tributario; y, con motivo de lo anterior, se prorrogue la implementación de la facturación electrónica para el sector de la Distribución Minorista de Combustibles Líquidos derivados del Petróleo y Gas Natural Vehicular, hasta el 1º de enero de 2022, de forma que no vulnere la sostenibilidad económica de estas empresas, o que, en este mismo sentido, se disponga que dichas empresas se encuentran exentas, tal como se preveía en la norma anterior.

3.2. HECHOS³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que sirven de sustento a sus pretensiones, de la siguiente forma:

Argumenta que, el Decreto 1073 de 2015 establece en el artículo 2.2.1.1.2.2.1.1 y subsiguientes, la manera en la cual se realiza la distribución de combustibles líquidos.

Explica que, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 358 de 2020, mediante el cual se regularon los sistemas de facturación fijados en el artículo 616-1 del Estatuto Tributario, y se definieron conceptos, como acceso a software, implementación de factura electrónica, entre otros. Adicionalmente, el Decreto en mención estableció la obligación para las empresas minoristas de distribución de combustibles líquidos y derivados del petróleo, de realizar facturación; a su turno la Resolución No. 000048 del 5 de mayo de 2020, proferida por la DIAN, determinó el plazo máximo para la implementación de la facturación electrónica, a partir el 1º de septiembre del 2020.

Posteriormente, adiciona que la distribución minorista de líquidos combustibles ha estado exenta de gravámenes, al igual que la obligación de emitir factura por las ventas realizadas en los establecimientos de comercio. Con base a lo

³ Fols. 2 - 8

suscitado, menciona que el Gobierno Central ha propendido la implementación de esta clase de documentos en este sector de la economía, empero, debido a la dificultad operativa, tecnológica económica y geográfica que representa esta actividad, no ha podido materializarse.

De acuerdo con el escrito de la entidad accionante y debido a la problemática planteada, el Decreto 1001 del 8 de 1997, excluyó la obligación de facturación por parte de las EDS. Posteriormente, con el arribo del MUISCA, la DIAN implementó la facturación electrónica en Colombia, normalizada en el Decreto 1929 del 29 de mayo de 2007, así como también reguló la obligación de expedir facturación a los establecimientos que por ley estén obligados a facturar por sus operaciones comerciales, quedando relevadas las EDS de tal imperativo.

En este punto, el accionante indica que la normatividad para la facturación de los combustibles en las EDS, se ha desarrollado de la siguiente manera:

- El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, confirmó lo dispuesto en la normatividad anterior, sobre la no obligación por parte de las EDS de facturar en lo que a comercialización de combustibles líquidos y gas natural vehicular concierne.
- Por otra parte, el Decreto 358 del 5 de marzo del año en curso, dispuso dentro de su cuerpo normativo la obligación de facturar a las EDS desde el 1° de septiembre del mismo año, modificando así el artículo 1.6.1.4.2 del Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016.
- La anterior decisión fue ratificada por la DIAN, mediante la Resolución No. 000042 del 5 de mayo de la misma calenda.

De lo anterior, sustenta el accionante que, mientras los demás empresarios y contribuyentes tuvieron desde el pasado mes de octubre del 2016, el tiempo suficiente para desarrollar un plan de implementación para la facturación de sus productos, lo cual, a su vez conlleva a una mejor preparación logística, técnica y financiera, las distribuidoras minoristas de líquidos y gases vehiculares no han tenido el mismo periodo de preparación para desarrollar un plan de ejecución con esta misma finalidad. Añade que, mediante petición, solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la ampliación del plazo para

la aplicación de la factura electrónica, sin embargo, indica que tal solicitud les fue denegada.

Continúa explicando que, dada la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada por el Gobierno Nacional producto del COVID-19, su patrimonio se ha visto diezmado, como quiera que, por la poca movilización de personas, el sector de la distribución y comercialización de líquidos y gases vehiculares se ha visto fuertemente afectado.

Aunado lo anterior, advierte que, ante la súbita implementación de la facturación electrónica, no han contado con el tiempo suficiente para desarrollar planes para su aplicación, además, debido a la situación de calamidad producto del COVID-19, se encuentran totalmente imposibilitados, desde un punto de vista administrativo y económico, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 358 de 2020 y la Resolución No. 000042 del 05 de mayo de la misma anualidad. En concordancia con lo expuesto, el Ministerio de Minas y Energía, indicó que este sector del comercio aun cuenta con carencias de infraestructura para la digitalización del sistema, además, explica el accionante que el 74% de estas empresas reportó no contar con sistemas para la administración de sus EDS.

Arguye que el Estado debió prever el costo que implica la ejecución de este proceso, tales como la adquisición de hardware, software y medios de conexión a internet que permitan su sistematización, los cuales no están inmersos en la metodología del margen de distribución de minoristas. A su vez, el costo de la implementación del sistema representa un grave deterioro para la sostenibilidad de los negocios, así como también, para el usuario, dado que el costo de operación debe dispensarse por parte del consumidor final.

Concluye que la medida adoptada por el Gobierno Nacional y la DIAN, constituye una grave amenaza para el abastecimiento de combustible en todo el país, debido a los diferentes gravámenes que se le impondrían a las EDS.

3.3. CONTESTACIÓN.

3.3.1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁴.

La DIAN, por intermedio de apoderado judicial, expuso los fundamentos jurídicos por los cuales se opone a las pretensiones incoadas por el accionante. Primariamente, argumenta la improcedencia de la acción constitucional, como quiera que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial. Sobre este punto, señala que la tutela solo se puede ejercer como mecanismo de defensa ante una vulneración a los derechos fundamentales, de manera subsidiaria o con el objetivo de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre este punto, alega que la competencia para conocer del presente proceso, recae en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que, el actor cuenta con el medio de control de nulidad simple para controvertir el acto administrativo presuntamente vulnerador de sus derechos fundamentales.

Así mismo, argumenta que, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la tutela solo procede cuando el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos, o cuando se evidencia la concurrencia de un perjuicio irremediable, que amerite una protección inmediata y ágil so pena de un agravio mayor a los intereses de la parte accionante. Sobre esta arista, refiere que no se evidencia una situación fáctica que vulnere, o amenace los derechos fundamentales de la parte demandante, toda vez que, desde la pasada anualidad, se le había puesto en conocimiento la implementación del sistema de facturación electrónica, hecho que, de acuerdo con lo expresado, se puede contemplar en las Resoluciones No. 00020, 00030, 00042 y 00064.

En línea con lo iterado, explica que su actuar se basa en una acción legítima, deviniente de una norma de carácter impersonal, general y abstracta, de cuya legalidad no se ha controvertido en instancias judiciales.

En conclusión, sostiene la improcedencia de la acción de tutela en el caso de marras, por cuanto el actor cuenta con mecanismos de defensa ordinarios para debatir la legalidad del Decreto 358 de 2020; además, no se evidencia la

⁴ Fols. 53 - 62

conurrencia de un perjuicio irremediable, tomando en consideración el hecho de que la parte accionante conocía, desde el año pasado, sobre la implementación de la facturación electrónica, por lo cual no puede deducirse que la misma se hizo de manera imprevista.

3.3.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁵.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a modo de oposición a los hechos, se pronunció de la siguiente forma:

Primeramente, establece que, en el caso de marras, la acción constitucional no procede en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto no es la entidad administrativa que reglamentó la facturación electrónica para los distribuidores minoristas de petróleo y gas natural.

Subsiguientemente, argumenta que, en el caso en concreto existe una causal de incumplimiento del requisito de la subsidiaridad en las acciones de tutela, toda vez que esta procede de manera accesorio, siempre y cuando el accionante no cuente con otros mecanismos legales para la protección de sus derechos. En vista de lo anterior, dispone que el demandante cuenta con mecanismos judiciales con mayor idoneidad, para cuestionar la medida sancionatoria establecida en el Decreto 358 de 2020, a través de los medios de control contenidos en la jurisdicción ordinaria.

Resuelto el punto anterior, expone que la DIAN es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter técnico y especializado, el cual cuenta con personería jurídica y se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no obstante, ejerce sus funciones de manera autónoma. Lo anterior, no implica que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenga injerencia en las decisiones discrecionales que tome la DIAN como entidad autónoma y descentralizada, dado que, dentro de sus obligaciones se encuentra la de asegurar que las funciones desempeñadas por la DIAN, se cumplan en concordancia con las políticas gubernamentales.

Concluye que, en su entender, no existe menoscabo alguno de los derechos fundamentales de la entidad accionante, razón por la cual carece de

⁵ Fols. 100 - 108

competencia para resolver sus pretensiones. Menciona que cada organismo y entidad administrativa debe responder por los actos u omisiones, que se encuentren dentro de su esfera de competencia, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 489 de 1998.

3.3.3. Presidencia de la República⁶.

En su escrito de contestación la entidad accionada expone los fundamentos de derecho por las cuales no es dable acceder a las pretensiones elevadas por la actora. Inicialmente, explica que la presente acción constitucional se torna improcedente, por cuanto el acto que presuntamente causa afectación es de carácter general, impersonal y abstracto.

De manera sucinta, refiere que, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, establece la improcedencia de la acción constitucional, cuando esta se ejerce en contra de actos de carácter general, impersonal y abstracto. Menciona que, la H. Corte Constitucional en pluralidad de jurisprudencia ha establecido la improcedencia de la tutela en estos casos, por cuanto esta clase de acto no es susceptible de control judicial a través de la jurisdicción constitucional, por cuanto no se trata de situaciones subjetivas y concretas. Sumado a lo expuesto, indica que el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, excepcionalmente ha permitido el control judicial de estos actos en materia de tutela, siempre y cuando se encuentre demostrado en el plenario el acaecimiento de una amenaza cierta y un perjuicio irremediable, cosa que, para la accionada, no se encuentra debidamente demostrado.

Por otra parte, menciona que la presente acción constitucional no cumple con el requisito procedimental de la subsidiaridad, por cuanto, para esta clase de litigios el ordenamiento jurídico prevé otra figura que permita la protección de los intereses y derechos del solicitante.

En línea con lo anterior, indica que una de las principales características de la acción de tutela, es que esta tiene un carácter subsidiario, ello conlleva a que no constituye un medio alternativo para complementar los mecanismos ordinarios de protección, de igual forma, tampoco es plausible adelantar una acción constitucional, bajo el entendido de conseguir un procedimiento más

⁶ Fols. 113 - 126

ágil y sumario, máxime cuando el actor cuenta con los mecanismos de defensa ordinarios. De manera concreta, afirma que el accionante cuenta con los medios de control judiciales constituidos en la Ley 1437 de 2011, razón por la cual, se torna improcedente el sub examine.

Argumenta la entidad accionada que, en la acción constitucional objeto de estudio, tampoco se logra deprecar vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte accionante, situación que de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la torna improcedente debido a que el amparo de la acción de tutela, se cierne sobre los bienes e intereses iusfundamentales.

Ahora bien, expuesto lo anterior, menciona que, tanto el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, como el Presidente de la República, carecen de legitimación en la causa por pasiva, debido a que, en el sub lite, no representan a la Nación y de sus funciones no se logra evidenciar un menoscabo a los derechos del actor.

3.4. ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

La acción fue presentada el nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)⁷, fue repartida el diez (10) de septiembre del mismo año⁸, y admitida mediante auto de la misma calenda⁹, en donde se dio curso a las notificaciones de rigor, se vinculó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se le requirió junto con la entidad accionada, para que dentro de las 48 horas siguientes a la respectiva comunicación, rindieran informe sobre los hechos de la misma.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver en primera instancia.

⁷ Ver anotación número 1 en actuaciones de proceso en el sistema web siglo XXI, que se puede consultar por TYBA en el siguiente enlace; <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/Ciudadanos/frmConsultaProceso.aspx>. Fols. 1 - 16 del expediente

⁸ Fol. 48

⁹ Fols. 50 – 52

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **PRIMERA INSTANCIA**, según lo establecido en el artículo 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991 y el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si, inicialmente:

¿Es procedente la acción de tutela para decretar la suspensión provisional del artículo 1.6.1.4.2 del Decreto 358 de 2020 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

De superarse el anterior problema jurídico, la Sala entrara a resolver el siguiente:

¿Vulneró el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Presidencia de la República, los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y la libertad económica de la parte accionante, al ordenar la aplicación de la facturación electrónica a los distribuidores minoristas de combustibles líquidos y gases naturales vehiculares, en la forma prevista en el artículo 1.6.1.4.2, del Decreto 358 del 2020?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala declarará la improcedencia de la tutela en el caso de marras, puesto que, no se cumple con el principio de la subsidiaridad en la acción constitucional, porque del estudio de procedibilidad, se evidencia que la parte accionante cuenta con mecanismos jurídicos de defensa que resultan más idóneos para pretender la salvaguarda de sus derechos e intereses.

Así mismo, se colige que la norma demandada es de carácter general e impersonal, expedida por una Autoridad Administrativa del orden nacional, por consiguiente, la actora puede controvertir dicho decreto a través de los medios

de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Subsidiaridad como requisito de procedibilidad en las acciones constitucionales; iii) Procedencia de la tutela para controvertir actos administrativos de carácter general; (iv) Derecho fundamental a la igualdad en sentido estricto y en materia tributaria; (v) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Subsidiaridad como requisito de procedibilidad en las acciones constitucionales.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, implica que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa ordinario para salvaguardar sus derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado *“que permite reconocer la validez y fiabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, cómo dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos¹⁰”*. Es ese reconocimiento, el que obliga a los asociados a incoar los recursos judiciales con que cuentan para conjurar la situación que estimen lesiva a sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que, se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o como una instancia adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la Ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio

¹⁰ Sentencia T-603 de 2015, Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado); sentencia T-580 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

irremediable, caso en cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En cuanto a la primera hipótesis que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto, sino que, por el contrario, la actitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en de manera general, evaluando la totalidad del caso. El análisis particular resulta necesario, pues en este podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales del afectado.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual indica:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.”

Las anteriores reglas implican, qué de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario.

5.4.3. Procedencia de la tutela para controvertir actos administrativos de carácter general.

En lo que respecta a la procedencia de la tutela cuando se presente en contra de un acto administrativo impersonal y general, se tiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unos requisitos para determinar si la tutela es el mecanismo judicial idóneo para dispensar esta clase de litigio. Inicialmente, es menester reiterar lo establecido en el acápite anterior, la tutela solo procede como mecanismo accesorio y subsidiario, ello implica que ante

la existencia de otros medios de defensa, estos deberán prevalecer sobre la acción constitucional, siempre y cuando en el curso del proceso se logre evidenciar la carencia de idoneidad y eficacia por parte los medios de defensa ordinarios, caso en el cual la tutela será procedente de manera definitiva, o ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se torna de carácter transitoria.

Ahora bien, de manera concreta la Jurisprudencia Constitucional al respecto, prevé que, cuando nos encontremos frente a una acción constitucional dirigida en contra de un acto administrativo, en principio se puede determinar que el estudio es del resorte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto está dentro de la esfera de competencia de los medios de control previstos en el C.P.A.C.A., empero, solo procederá cuando del estudio del caso en concreto, el Juez de competencia logre determinar la falta de idoneidad de estos mecanismos.

Por otra parte, en lo que respecta a la procedencia de la acción constitucional, cuando el acto administrativo a controvertir es de carácter impersonal y general, se tiene que el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el cual regula las causales de improcedencia de la tutela, reza lo siguiente;

"ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

(...)

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."

Como se puede observar del texto normativo en mención, de manera explícita se prohíja, que la tutela no procederá ante estas eventualidades, razón por la cual, en caso de pretender la controversia de estos actos, el peticionario solo podrá realizarlo a través de los mecanismos ordinarios que la ley regula en estas situaciones, quedando exenta de su conocimiento la tutela.

Esto de igual manera se materializa, cuando se pone de presente que la acción constitucional, **funge como mecanismo excepcional para la protección individual y/o subjetiva de los derechos e interés fundamentales de las personas**, como quiera que, para la verificación de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos generales, el ordenamiento jurídico

cuenta con mecanismos suficientes para dispensar estas controversias, bien sea a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en medio de control de nulidad simple previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹¹, o a través de la demanda de inconstitucionalidad, de cuya competencia le corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 241 de la Carta Política¹².

Sobre la materia, es importante recalcar, en concordancia de lo anterior, que el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional también ha reglamentado unas causales por las cuales se admite la protección de los derechos fundamentales en estos casos, siempre y cuando se logre evidenciar la carencia de idoneidad de los medios ordinarios, o la concurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre el mismo asunto, mediante sentencia No. C-132 de 2018, se indicaron las siguientes reglas de procedencia;

“Cuando (i) la persona afectada carece de medios ordinarios para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase de decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y cuando (ii) la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de una persona. Además, ha precisado que la acción de tutela es procedente contra las determinaciones de orden general en el evento que éstas causen daños a los derechos fundamentales de las personas y que devengan en perjuicios irremediables.”

De igual forma, la tutela contra actos administrativos de carácter impersonal, general y abstracto, procede cuando la pretensión no va en contra del acto en general en sí mismo, contrario sensu, se estima su procedencia cuando de la aplicación del acto general, se logre determinar una amenaza cierta a los derechos fundamentales individuales y subjetivos de una persona, y que, estando en el caso anterior, se pueda vislumbrar que acudir a las vías ordinarias podría devengar un perjuicio irremediable.

¹¹ ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

¹² ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

5.4.4. Derecho fundamental a la igualdad en sentido estricto y en materia tributaria.

La igualdad, en materia constitucional, está revestida como un principio rector en el preámbulo de la Carta Política, como un bien jurídico de protección constitucional y como derecho fundamental contenido en el artículo 13 ibídem, el texto normativo en cuestión, expone lo siguiente;

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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

Por lo anterior, se puede interpretar que el principio de la igualdad, constituye principalmente, la prohibición de discriminación por parte del Estado, así como también la exclusión de la arbitrariedad en las decisiones públicas. Esto se traduce en la implementación de políticas comprometidas con la salvaguarda de los intereses de las personas y atendiendo a las desigualdades que se presenten en materia de los derechos fundamentales y materiales de los ciudadanos, aplicando siempre al caso, los mecanismos tendientes a solventar las iniquidades que se presenten en el ejercicio del derecho.

Sobre esta misma arista, es de mencionar que la distribución de beneficios y cargas se debe realizar en atención a los siguientes criterios adoptados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencia C- 520 de 2016 explicó que;

para que los criterios de distribución no se opongan directamente al principio de igualdad, estos deben, (i) respetar el principio de igualdad de oportunidades de todos los interesados; (ii) ser transparentes, (iii) estar predeterminados y (iv) no afectar desproporcionadamente los derechos de algunas personas. Además, (v) deben determinarse en consideración a la naturaleza del bien o la carga a imponer, análisis que, por regla general, corresponde a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público.

Con esto, el Órgano de Cierre Constitucional arguye que, previa a la implementación de medidas que instauren obligaciones y deberes a los conciudadanos, se debe realizar un estudio en profundidad del principio de la igualdad, con el objeto de soslayar situaciones de desproporcionalidad de una parte de la población, quienes verían sus derechos e intereses afectados, respecto de la otra parte de la ciudadanía.

En materia tributaria, la aplicabilidad del principio de la igualdad, se desarrolla en función de la denominada equidad tributaria, concepto que ha sido definido por la jurisprudencia constitucional, como la *“proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados, ya sea porque se desconozca el mandato de igual regulación legal cuando no existan razones para un tratamiento desigual, o porque se desconozca el mandato de regulación diferenciada cuando no existan razones para un tratamiento igual”*¹³

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos Relevantes Probados.

- Solicitud de ampliación de plazo para la implementación de la facturación electrónica, con fecha del 18 de agosto de la anualidad en curso, deprecada por Fendipetroleo Nacional ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales¹⁴.
- Ficha técnica de la encuesta de caracterización de infraestructura en el sector minorista, publicada en el sitio web de SICOM y elaborada por la Dirección de Hidrocarburos¹⁵.
- Respuesta de la DIAN fechada a 24 de junio de la presente anualidad, ante la solicitud de ampliación de plazo para la aplicación de la facturación electrónica realizada por el accionante, en donde dicha entidad, responde negativamente a la pretensión de la actora¹⁶.

¹³ Sentencia C- 217 de 2011 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁴ Fol. 17

¹⁵ Fols. 19 - 24

¹⁶ Fols. 25 - 26

- Derecho de petición adelantado por la parte accionante, con fecha del 18 de junio de 2020, donde solicita a la DIAN, la ampliación del plazo máximo de la implementación de facturación electrónica, esto con la finalidad de que el sector adopte las medidas necesarias para cumplir con esta obligación¹⁷.
- Oficio de implementación de encuesta dirigida a los distribuidores minoristas de combustible en el Sistema de Información de Combustibles Líquidos, con el objeto de recabar información para determinar que procesos de innovación deben implementar las EDS¹⁸.
- Habilitación de la encuesta en cita, a las Estaciones de Servicio Automotriz y Fluviales, por parte del Ministerio de Minas y Energías¹⁹.
- Resultados encuesta sistemas automatización en distribuidores minoristas²⁰.
- Concepto técnico con fecha del 7 de septiembre de la anualidad en curso, acerca de la regulación de los precios del combustible líquido en Colombia²¹.
- Decreto 358 del 5 de marzo de la presente anualidad, proferido por el Presidente de la República y por el cual, se reglamentan los artículos 511, 615, 616-1, 616-2, 616-4, 617, 618, 618-2 y 771-2 del Estatuto Tributario, 26 de la Ley 962 de 2005 y 183 de la Ley 1607 de 2012 y se sustituye el Capítulo 4 del Título 1 de la Parte 6 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria y se reglamenta la facturación electrónica para los sujetos obligados a cumplir con este imperativo.
- Resolución No. 000042, del 5 de mayo ibídem, emitido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el cual se desarrollan los sistemas de facturación electrónica y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Fols. 37 - 38

¹⁸ Fols. 39 - 40

¹⁹ Fols. 41 - 42

²⁰ Fol. 43

²¹ Fols. 44 - 47

5.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso objeto de estudio, la parte accionante argumenta que, el artículo No. 1.6.1.4.2 del Decreto 358 de 2020, expedido por la Presidencia de la Republica, y la Resolución No. 000042 del 5 de mayo ibídem, emitido por la DIAN, son violatorios de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la libertad económica, como quiera que implementan la factura electrónica para los distribuidores minoristas de combustible y gases naturales vehiculares, sin permitir un tiempo de gracia suficiente para que estas entidades realicen las actividades necesarias para el correcto desarrollo de la medida; en atención a lo anterior, solicita la prórroga de la normativa en referencia, o en su defecto la suspensión del artículo que presuntamente vulnera sus derechos.

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estima que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto a la accionante se le puso en conocimiento previo acerca de las medidas de ejecución en la implementación de las facturas electrónicas. Por otra parte, argumenta que, en el caso de marras, nos encontramos ante la figura de la improcedencia, por cuanto el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judiciales y en el libelo de la demanda, no se logra determinar un perjuicio irremediable que habilite a la tutela de forma transitoria para proteger sus derechos fundamentales.

En lo que respecta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, explican dentro de su contestación, que no fungen como sujeto pasivo en la acción constitucional en referencia, por cuanto las actuaciones realizadas por la DIAN, en el ejercicio de sus funciones, no son del resorte de su competencia, por cuanto cada ente público debe responder en medida a sus actos u omisiones, comprendidos en la esfera de su competencia, por lo expuesto con anterioridad, arguye que no es el ente competente para resolver las pretensiones del actor. De igual forma, en su escrito comprende la carencia del requisito de la subsidiaridad en esta clase de litigios, debido a que el solicitante cuenta con medios de defensa idóneos en la jurisdicción ordinaria.

La Presidencia la Republica, a su vez, expone la falta de legitimación en la causa por pasiva, fundamentándose en la discrecionalidad y descentralización de los órganos del poder público, razón por la cual, cada ente responde por las acciones y omisiones que se generen en el ejercicio de sus funciones. Por

Último, en lo que atañe el caso en concreto, disponen la falta del cumplimiento del requisito de la subsidiaridad en las acciones de tutela, por parte del accionante, al estimar que el mismo presentó la acción en contra de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, y por contar otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de sus derechos presuntamente vulnerados.

Antes de iniciar con el estudio de fondo, es necesario verificar si se cumple con el requisito de la subsidiaridad para determinar la procedencia de la acción de tutela en el sub lite. Por consiguiente, se constatará la satisfacción de los requisitos generales estudiados en el acápite anterior.

Como se evidenció en el marco normativo de esta providencia, la acción constitucional solo procede como mecanismo subsidiario ante una vulneración a los derechos fundamentales de una persona, siempre y cuando en el transcurso del proceso, el Juez de competencia logre determinar que o bien los medios de defensa ordinarios, a pesar de ser los idóneos, no son lo suficientemente eficaces para la protección de los intereses del accionante, o bien cuando el actor no cuenta con otros mecanismos de defensa ordinarios, por otra parte, también procede transitoriamente cuando se ejerza para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, en esta última eventualidad, la jurisprudencia la Corte Constitucional ha estimado que es de competencia del peticionario demostrar la concurrencia de esta figura.

En concurrencia con lo anterior, se logra establecer que la presente acción de tutela se torna improcedente, por cuanto la entidad actora cuenta con los medios de control jurídico, reglamentados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concretamente, para este tipo de controversias, el código en cita establece en su artículo 137 lo siguiente;

“ARTÍCULO 137. NULIDAD. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

Ahora bien, si el actor pretende un mecanismo transitorio de carácter inmediato so pena de una afectación mayor, puede solicitar ante la Autoridad Judicial competente en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, una medida cautelar para suspender el artículo No. 1.6.1.4.2 del Decreto 358 de 2020, hasta en tanto no se resuelva de fondo sus pretensiones. Por otra parte, en lo que respecta a la configuración de un perjuicio irremediable, el actor no probó la concurrencia de una situación fáctica de carácter urgente que habilite la tutela de forma transitoria para impedirlo, así como tampoco se logra evidenciar situación alguna que amerite pronunciamiento inmediato por parte de esta Célula Judicial.

Sobre los requisitos puntuales de la tutela cuando va en contra de actos de carácter general, impersonales y abstractos, también se ha de clarificar en el presente asunto, que luego de un análisis riguroso del expediente, no se encuentran acreditados las causales excepcionales de procedencia, por cuanto el accionante dispone de mecanismos ordinarios para resolver las pretensiones formuladas en sede constitucional y además está legitimado para presentarlas ante la Autoridad Judicial competente en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En lo que respecta a la segunda hipótesis, que trata sobre la vulneración personal de derechos fundamentales provenientes de un acto administrativo de carácter general, se evidencia que el actor presenta la acción bajo estudio, a fin de suspender el artículo No. 1.6.1.4.2 del Decreto 358 de 2020 por encontrarlo transgresor de sus bienes e intereses constitucionales, sin embargo, esta presunta vulneración no es de carácter individual o subjetiva, toda vez que, la obligación de proferir factura electrónica se impone a todas las distribuidoras minoristas de líquidos y gases vehiculares, conllevando una pluralidad de personas, situación que, determina la jurisprudencia constitucional, torna improcedente la presente tutela.

Estando en este punto, es necesario clarificar que el acto administrativo del cual se pretende la suspensión, es un decreto expedido por el Presidente de la República, en las atribuciones ordinarias conferidas por la Ley, en tanto, el mismo fue proferido con anterioridad a la declaratoria de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, realizada mediante el Decreto Legislativo No. 417 del 17 de marzo de la anualidad en curso, situación por la cual, de presentar demanda ordinaria, la competencia estaría en cabeza de

la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de los medios de control dispuesto en esta normatividad.

En ese orden de ideas, advierte esta Corporación que verificado lo antes expresado en contraposición a las causales específicas de procedencia ya explicadas, se avizora que la pretensión del accionante es de carácter general, por cuanto va dirigida a todas las minoristas distribuidoras de líquidos y gases naturales vehiculares. En consecuencia, resulta improcedente la presente acción de tutela, frente a los requisitos específicos cuando esta va dirigida ante actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto. En conclusión, se tiene que la respuesta al primer planteamiento jurídico es negativa, conforme a las consideraciones supramencionadas, razón por la cual se declarará la improcedencia de la presente acción constitucional.

Corolario de lo anterior, esta Corporación encuentra que efectivamente el accionante cuenta con otros mecanismos idóneos de defensa, para pretender la suspensión del Decreto plurimencionado, por lo cual, a la luz de la jurisprudencia citada, se declarará la improcedencia la acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

VI.-FALLA:

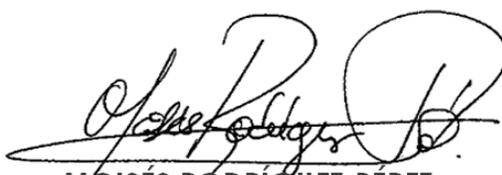
PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela incoada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE DERIVADOS DEL PETRÓLEO SECCIONAL DE BOLÍVAR, SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA en contra de la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta no fuera impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 060 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2020-00655-00
Accionante	FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE DERIVADOS DEL PETRÓLEO SECCIONAL DE BOLÍVAR, SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA
Accionado	NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ